

Arbeidsgiverbegrepet i trepartsrelasjoner

- Om delt/felles arbeidsgiveransvar og gjennomskjæring innenfor arbeidsretten.

Kandidatnummer: 766

Leveringsfrist: 25.4.2013

Antall ord: 17 798



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Avgrensninger	3
1.2	Rettskildene	4
2	ARBEIDSGIVERBEGREPET.....	7
2.1	Aml §1-8.....	7
2.2	Arbeidsavtalen	7
2.3	Funksjonelt arbeidsgiverbegrep.....	9
2.4	Relativt arbeidsgiverbegrep.....	11
2.5	Virksomhetsbegrepet	12
3	STORBEDRIFTSMODELLEN – INNSKRENKET ARBEIDSGIVERANSVAR?	14
3.1	Innledning	14
3.2	Rettspraksis.....	14
3.2.1	Rt 1998 s. 1357	14
3.2.2	Rt. 1992 s. 776	16
3.3	Konklusjon.....	16
4	KONSERNFORHOLD – DELT/UTVIDET ARBEIDSGIVERANSVAR	18
4.1	Innledning	18
4.1.1	Definisjon av konsern:	18
4.2	Lovgivers vurderinger	19
4.2.1	Konsernutvalget NOU 1996:6.....	20
4.2.2	Arbeidslivsutvalget NOU 1999: 34.....	23
4.2.3	Arbeidslivslovutvalget NOU 2004:5.....	24
4.2.4	Ny arbeidsmiljølov: Ot.prp.nr.49(2004-2005)	24

4.3	«Særskilt grunnlag»	26
4.3.1	Innledning	26
4.3.2	Ved avtale.....	26
4.3.3	«Reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner» ...	29
4.3.4	«Kontraktsmessige uklarheter»	32
4.3.5	Andre mulige grunnlag	33
4.4	Konklusjon.....	40
5	INNLEIE	42
5.1	Definisjon	42
5.2	Kort om adgangen til innleie	42
5.2.1	Fra vikarbyrå	42
5.2.2	Fra produksjonsbedrift	43
5.3	Innleier sitt ansvar for arbeidstaker.	43
5.4	Gjennomskjæring: Er innleier reell arbeidsgiver?.....	44
5.4.1	Arbeidsgivervurderingen.....	44
5.4.2	Rettstilstanden før lovendring	44
5.4.3	Try and hire	46
5.4.4	Arbeidsformidling	48
5.4.5	Forholdet til § 14-9.....	49
5.4.6	Forholdet til § 14-13.....	50
5.5	Konsulent.....	51
5.6	Oppsummering	51
6	VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE	53
6.1	Delt arbeidsgiveransvar for overdragende og overtakende selskap?.....	53
6.1.1	Rt 2000 s.2058.	53
6.2	Tilhørighet – gjennomskjæring i konsernforhold.....	54
6.2.1	Praksis	55
7	ANDRE TREPARTSFORHOLD	59

7.1	Entreprise.....	59
7.2	Taxisentral	60
7.2.1	Innledning	60
7.2.2	Forholdet taxieier – sjåfør	60
7.2.3	Forholdet Taxisentral – sjåfør	61
7.2.4	Alternative hjemler for erstatning:	64
7.2.5	Oppsummering og konklusjon	66
7.3	Franchise.....	67
7.3.1	Innledning	67
7.3.2	Arbeidsgiveransvar etter gjeldende rett?.....	68
7.3.3	Franchisetakers arbeidstaker	68
8	OPPSUMMERING	70
9	LITTERATURLISTE	72
9.1	Bøker	72
9.2	Artikler.....	72
9.3	nettdokument	72
9.4	Lov.....	73
9.5	Forarbeider.....	73
9.6	Direktiv	74
9.7	Domsregister.....	74
9.7.1	Norske dommer	74
9.7.2	Andre dommer:	75

1 Innledning

Hvem som er arbeidsgiver i et ansettelsesforhold vil normalt være angitt i arbeidsavtalen. Det er arbeidsgiver som er pliktsubjekt i arbeidsmiljølovens regler om arbeidstid, stillingsvern, arbeidsmiljø mm., og som har plikt til å sørge for at arbeidsgivers plikter etter arbeidsavtalen oppfylles.

Ettersom loven er preseptorisk skal det reelle forholdet legges til grunn, fremfor det formelle der dette er til fordel for arbeidstaker. Når avtalen er uklar, eller ikke representerer det reelle forholdet, plasseres arbeidsgiveransvaret der det etter en rettslig vurdering hører hjemme.

Den klassiske arbeidstaker- arbeidsgiverkonstellasjonen byr på få problemer i forbindelse med dette spørsmålet. De trygge ansettelsesforholdene loven har som formål å sikre, jf. § 1-2, forbindes gjerne med det klassiske topartforholdet hvor arbeidstaker er ansatt hos en arbeidsgiver, og yter sin arbeidskraft innenfor denne virksomhetens grenser.

I de senere år er det blitt mer vanlig å benytte seg av ekstern arbeidskraft for å dekke virksomhetens behov. Bruk av ekstern arbeidskraft er begrunnet i formål som effektivisering av driften, mulighet for å bruke mer tid og krefter på bedriftens kjerneområde, og å kunne tilpasse seg fluktuerende behov, men det kan også være for å unndra seg arbeidsgiveransvar. Det blir også mer vanlig at andre enn arbeidsgiver selv utøver innflytelse i arbeidsforholdet. Eksempler på dette er konsernforhold og franchise. Også disse konstruksjonene kan ha aktverdige formål, men muliggjør spekulering i omgåelse av arbeidsgiveransvaret.

Med disse organiseringene oppstår situasjoner hvor det står en tredjepart utenfor ansettelsesforholdet, som i større eller mindre grad, enten via den formelle arbeidsgiver, eller direkte selv, utøver bestemmende innflytelse over arbeidstakers ansettelsesforhold. Premissene for arbeidsforholdet styres av en tredjepart som formelt ligger utenfor ansettelsesfor-

holdet. Tredjeparten vil normalt være en kontraktspart av arbeidsgiveren. Det oppstår en situasjon hvor tre parter er involvert, derav «trepartsrelasjon».¹ Om partene rettslig i noen tilfeller inngår i et trepartsforhold er det oppgaven tema å si noe om.² Temaet for oppgaven er om arbeidstaker i alle tilfeller er henvist til å forholde seg til sin avtalepart som arbeidsgiver, eller om det er situasjoner hvor arbeidsgiveransvaret, helt eller delvis, påhviler tredjepart på bakgrunn av at de reelle forholdene fører til gjennomskjæring.

I utgangspunktet ligger det innenfor arbeidsgivers styringsrett å fritt organisere driften på en mest mulig hensiktsmessig måte. Entreprenør er for eksempel fullt ut tillatt. Videre står arbeidsgiver fritt til å organisere sin samlede virksomhet som et konsern, eller å inngå i samarbeider som innebærer en viss styring utenfra, slik som ved franchise eller innkjøps-samarbeid. Når det gjelder arbeidstakers rettigheter, er det de reelle forholdene som er avgjørende, i betydningen at formelle konstruksjoner settes til side.

Oppgaven vil innledningsvis adressere arbeidsforhold i konsern; en organisasjonsform som involverer ulike rettssubjekter, men som allikevel opptrer som en enhet i enkelte sammenhenger. Betrachtinger rundt konsernforhold har vært utgangspunktet for utviklingen av prinsippet om delt/felles arbeidsgiveransvar.

Oppgaven vil videre behandle Innleie av arbeidskraft. Adgangen til innleie er uttømmende regulert i arbeidsmiljøloven, men et relevant spørsmål er om innleie/utleieforholdet kan være en konstruksjon som ikke stemmer med det reelle forholdet, og om arbeidsgiveransvaret i forlengningen av dette skal plasseres hos innleier.

I forhold til virksomhetsoverdragelse er utgangspunktet at et ansettelsesforhold følger overdragelsen. Det er et bilateralt forhold mellom arbeidstaker og henholdsvis gammel og

¹ Jeg sikter til den først og fremst til den faktiske situasjonen.

² Evju (2012).

ny arbeidsgiver. Overdragelsen kan være uoversiktlig for arbeidstaker. Det kan derfor tenkes at arbeidstaker, for å være sikret godt nok vern, kan forholde seg til både overdragende og overtakende selskap som arbeidsgiver. Videre vil virksomhetsoverdragelse aktualisere spørsmål om hvem som har arbeidsgiveransvar på bakgrunn av de reelle forholdene.

En hypotese er at plassering av arbeidsgiveransvaret vil kunne gjøres etter samme normer, på tvers av ulike konstellasjoner. I punkt 6 tar oppgaven for seg et par andre trepartsforhold hvor det kan tenkes å oppstå rettstvist om plassering av arbeidsgiveransvaret. Det undersøkes om noen av normene for plassering av arbeidsgiveransvaret som gjennomgås kan gi veiledning.

1.1 Avgrensninger

Utenfor oppgavens tema faller arbeidsmiljølovens regler om arbeidsgivers ansvar for andre enn egne arbeidstakere. Dette gjelder i hovedsak HMS-regler. Etter aml. § 2-2 har arbeidsgiver plikt til å sikre forsvarlig arbeidsmiljø for alle som utfører arbeid på arbeidsplassen, også de som ikke er arbeidstakere. Selvstendig næringsdrivende og innleide er nevnt særskilt som vernede etter denne bestemmelsen. Arbeidsgiver er også pålagt en samarbeidsplikt i forhold til andre arbeidsgivere på stedet.

Videre er det gitt utvidende regler i § 1-4 og § 1-6 som har begrenset betydning. Praktisk viktig er allikevel byggherreforskriften,³ som er gitt med hjemmel i § 1-4. Denne pålegger utvidet HMS ansvar på bygg- og anleggsplasser for byggherre. Det kan også nevnes at diskrimineringsreglene i kapittel 13 omfatter diskrimineres mot innleid arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende.⁴

³ Forskrift om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser (byggherreforskriften) av 3.august 2009,

⁴ jf. §13-2(2)

Utenfor oppgaven faller også spørsmål om arbeidsgiveransvar som pålegges ut i fra særskilt lovhjemmel, som for eksempel ulovlig innleie, innleie over 4 år, og virksomhetsoverdragelse. Disse reglene gir ikke anvisning på hvem som i utgangspunktet *er* arbeidsgiver, men hvem som på nærmere angitte vilkår *blir* arbeidsgiver.

1.2 Rettskildene

Rettskilde for oppgaven er først og fremst arbeidsmiljøloven. Arbeidsmiljøloven gir en definisjon av arbeidsgiverbegrepet i § 1-8, men det er i hovedsak rettspraksis knyttet til den enkelte bestemmelse og arbeidsgiveransvaret generelt, samt lovformålet som er av avgjørende betydning. Lovteksten får en noe tilbaketrukket rolle, ettersom temaet for oppgaven er å finne frem til generelle føringer for hvor arbeidsgiveransvaret skal plasseres, fremfor rekkevidden av den enkelte bestemmelse.

I punkt 6 gjennomgås andre konstellasjoner i arbeidslivet, hvor arbeidsgiveransvaret er uklart. I den forbindelse anvendes loven innenfor det aktuelle området som kilde for ansvarsforholdet mellom partene. Franchise er ikke regulert i lov, men det er for eksempel gitt regler om taxidrift i yrkestransportloven, og yrkestransportforskriften.

Spørsmålet om ansvarsforholdet, hvor vi er utenfor det klassiske topartforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, har lenge vært et tema i arbeidene med lovutvikling. Diskusjonene har sentrert seg omkring konsernforhold. Jeg gjennomgår lovforarbeidene og rettspraksis under punkt 3.

Prinsippet om delt/felles arbeidsgiveransvar ble utviklet i rettspraksis, og lovgiver har lagt prinsippet til grunn som gjeldende for arbeidsgiverbegrepet. Det ble funnet at det ikke var grunnlag for å utvide arbeidsgiverbegrepet utover det som allerede fulgte av praksis:

«Gjeldende definisjon av arbeidsgiverbegrepet i arbeidsmiljøloven § 4 og praksis knyttet til denne, er i de aller fleste tilfeller god og treffende med hensyn til hvor den reelle avgjørelsesmyndigheten i arbeidsmiljøspørsmål ligger»⁵⁶

Arbeidsgiverbegrepet og virksomhetsbegrepet er overført uendret fra tidligere lov.⁷ Eldre rettspraksis vil derfor ha vekt ved fastlegging av hvor grensene for arbeidsgiveransvaret går.

Doms materialet fra Høyesterett er sparsommelig. Sakene dreier seg om vidt forskjellige forhold, og resultatet baserer seg på en konkret vurdering av det særskilte tilfellet. Det er derfor vanskelig å finne klare rettssetninger. Fra slutten av 90- tallet har det ikke vært noen saker av betydning på dette området oppe for Høyesterett. Lagmannsrettsdommer har begrenset rettskildeværdi, men når domsmaterialet ikke er tilstrekkelig vektlegges lagmannsrettspraksis, i praksis, i sideordnede og underordnede domstoler, og mellom arbeidslivets parter. Frem til det eventuell korrigierende høyesterettspraksis vil lagmannsrettsdommene belyse hva som antas å være gjeldende rett. Lagmannsrettsdommene har også en argumentasjonsverdi, og gir mulige løsninger på problemstillinger som ikke enda har vært oppe for Høyesterett.

I forbindelse med arbeidsgiverbegrepet/virksomhetsbegrepet ved virksomhetsoverdragelse⁸ er det gitt en fremstilling av to dommer fra England og en fra EU-domstolen. Reglene om virksomhetsoverdragelse er et resultat av implementering av EU-direktivet om virksomhetsoverdragelse⁹, som er et minimumsdirektiv. Vedrørende tolkning av de norske reglene om virksomhetsoverdragelse er ikke EU-rettens avgjørelser bindende for norske domstoler. Norsk domstol er suveren i tolkningsspørsmål, men EU-domstolens tolkning av direktivet

⁵ min uthevning

⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.77

⁷ jf. Arbeidsmiljøloven 1977 §§ 4 og § 2.1

⁸ Se kapittel 5 nedenfor

⁹ 2001/73/EF

er en betydelig rettskilde. Dette følger av at norsk rett presumeres å være i overensstemmelse med internasjonale forpliktelser. Det gjelder et prinsipp om direktivkonform tolkning.¹⁰

¹⁰ Rt. 2000 s. 1811

2 Arbeidsgiverbegrepet

2.1 Aml §1-8

Arbeidsgiverbegrepet er legaldefinert i aml.§1-8. Dette innebærer at begrepet som utgangspunkt skal ha den samme betydning i alle bestemmelsene i arbeidsmiljøloven, dvs. i forbindelse med ansvaret for helse, miljø og sikkerhet, arbeidstid, stillingsvern og straff.¹¹

Definisjonen lyder: *«Med arbeidsgiver menes i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste.»*

Arbeidsgiveransvaret tilligger den juridiske personen som har tilsatt arbeidstaker i sin tjeneste. Dersom arbeidsgiver er et selskap utøves arbeidsgivers funksjoner av selskapets styre, men det er ikke tvil om at arbeidsgiveransvaret ligger hos enheten som sådan.

Ordlyden gir lite veiledning. Man må se til andre kilder for å finne frem til hva arbeidsgiverbegrepet rommer. Arbeidsgiver kjennetegnes, først og fremst, ved sin rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, og til å ansette eller si opp arbeidstakere.¹²

2.2 Arbeidsavtalen

Normalt er det tilstrekkelig å se til arbeidsavtalen for å finne arbeidsgiver. Det følger av Aml.§14-6(1)a at sentrale opplysninger skal nedfelles skriftlig i arbeidsavtalen, herunder hvem som er arbeidsgiver. Dersom det ikke eksisterer avtale eller denne ikke gir noe klart svar, vil man måtte benytte seg av alminnelige tolkningsregler for å finne frem til hvem

¹¹ jf. NOU 2004:5 s. 150 pkt 10.4.1 og (Rt 1998 s. 1357)

¹² Rt 2000 s. 1602 og Rt 2001 s. 418 om arbeidsgivers styringsrett

som har forpliktet seg som arbeidsgiver. Det er etter avtaleretten relevant hva arbeidstaker har hatt grunn til å forvente.¹³

Innenfor arbeidsrettens område tilkommer ytterligere et moment i vurderingen av hva som er avtalt, og hva arbeidstaker hadde grunn til å forvente, nemlig at det etter rettspraksis er arbeidsgiver som bærer risikoen for uklarheter i arbeidsavtalen. Det er arbeidsgiver som har bevisbyrden.¹⁴

Styrkeforholdet medfører også at de generelle reglene i alminnelig fullmaktslære skjerpes. Dersom en part skal gå fri av ansvar må det komme klart frem at arbeidsavtalen ble inngått på vegne av en annen.¹⁵

Dersom avtalen, eventuelt etter tolkning, oppgir en annen som arbeidsgiver enn det som følger av det reelle forholdet mellom partene, må den helt eller delvis settes til side. På grunn av styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver vil arbeidstaker normalt ha liten innflytelse på avtalens innhold. Arbeidsmiljøloven er derfor preseptorisk. Loven er deklarasorisk til fordel for arbeidstaker, men avtale som gir arbeidstaker dårligere rettigheter enn loven er ikke gyldige fullt ut.¹⁶

At loven er preseptorisk innebærer at arbeidsgiver ikke kan omgå arbeidsgiveransvaret ved å konstruere et avtaleforhold som ikke stemmer med realiteten til ulempe for arbeidstaker. Det er ingen forutsetning for gjennomskjæring at det foreligger omgåelsesformål. Det er tilstrekkelig at det reelle forholdet må karakteriseres på en annen måte etter arbeidsmiljøloven enn det partene har forutsatt seg imellom. Også dersom forholdet har utviklet seg slik

¹³ Woxholth (2012) s. 351-354

¹⁴ Rt 1993 side 954

¹⁵ Rt 1993 490, (Reksten Management) som jeg kommer nærmere tilbake til nedenfor.

¹⁶ Aml.§1-9

at avtalen ikke lenger er representativ for rettsforholdet mellom partene, må den tolkes og utfylles slik at den stemmer med de reelle forholdene.

Lovens preseptoriske karakter er uavhengig av om arbeidstaker samtykker eller ikke. Det innebærer at rettigheter etter loven består selv om arbeidstaker har ønsket noe annet. Arbeidstakers passivitet har heller ikke betydning for retten til å gjøre de reelle forholdene gjeldende.

2.3 Funksjonelt arbeidsgiverbegrep

Det funksjonelle aspektet ved arbeidsgiverbegrepet er trukket frem i forarbeider og litteratur.¹⁷ Det går ut på at man ved vurderingen av arbeidsgiverbegrepet ser hen til hvem som utøver arbeidsgiverfunksjonene. Hvor langt dette skal trekkes, hvilke arbeidsgiverfunksjoner som skal trekkes inn, og hvilken tyngde funksjonsvurderingen har, vil variere etter hvilke hensyn rettsanvenderen legger til grunn. På den ene siden ligger hensynet til arbeidstakers rettigheter, på den andre siden ligger hensynet til klare og forutsigbare rettsregler.

I sin ytterste konsekvens medfører den funksjonelle vurderingen at arbeidsgiveransvaret må plasseres hos den eller de som legger premissene for arbeidsgivers utøvelse av styringsrett, også hvor dette skjer indirekte på bakgrunn av kontrakt, aksjemajoritet, samarbeid e.l.l. Man forutsetter at den formelle arbeidsgiver er underlagt slike begrensninger at man ikke kan si at formell arbeidsgiver har noen avgjørelsesmyndighet vedrørende drift av virksomheten, og dermed heller ingen reell styringsmulighet overfor arbeidstaker. Det er tatt til tale for en slik vurdering av arbeidsgiverbegrepet i NOU 1996:6, hvor det ble foreslått å lovfeste en utvidelse av arbeidsgiveransvaret.¹⁸ Dette ble ikke fulgt opp.

¹⁷ Jf. Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s.76

¹⁸ se mer om NOU'en nedenfor i kap. 4.2.1

Hvor tungt det funksjonelle aspektet ved arbeidsgiverbegrepet skal veie er fremdeles noe uklart.¹⁹

Fordelen med en funksjonell vurdering er at arbeidsmiljøloven i så fall ikke vil påvirke hvordan virksomhet organiseres. Arbeidsgiveransvaret ville uavhengig av organisering plasseres der myndigheten i realiteten utøves fra. Det må anses som en fordel at parter i næringslivet lar effektivitetsvurderinger og økonomiske betraktninger være bestemmende for organiseringen av virksomheten, fremfor hvilken løsning gir mindre omfattende arbeidsgiveransvar. Slik vridning vil kunne utgjøre et samfunnsøkonomisk tap.²⁰

Videre vil arbeidstakers vern etter lov og avtale stå i fare for å pulveriseres dersom arbeidsgiveransvaret ikke antas å være funksjonelt. For at loven skal gi et reelt vern er det den som utøver arbeidsgiverfunksjoner som må kunne holdes ansvarlig. I motsatt tilfelle blir man stående med en kontraktspart som ikke har noen reell innflytelse.

Alminnelige rettferdighetsprinsipper taler også for et funksjonelt arbeidsgiverbegrep. Dersom man skal legge arbeidsgivers virksomhetsorganisering, og formelle struktur til grunn, vil tilfeller som i realiteten står likt bli behandlet ulikt ut i fra hvordan bedriften er organisert. En som er ansatt i konsernvirksomhet vil ha dårligere rettigheter enn en som er ansatt i en filialvirksomhet dersom bedriftens organisering avgjør hvem arbeidstaker kan fremme krav mot. Et krav mot en større arbeidsgiver vil normalt være bedre enn et krav mot en liten virksomhet.

Henning Jakhelln tar til orde for at man ikke bør ta utgangspunkt i den formelle konstruksjon, men heller la det være arbeidsgivers oppgave å godtgjøre at organisasjonsformen ikke har konsekvenser for utøvelse av styringsretten, og at den formelle arbeidsgiver derfor er

¹⁹ Jakhelln (2004) s.78

²⁰ Zimmer (2009) s. 33. Det samme prinsippet må gjelde på alle rettsområder.

rett arbeidsgiver.²¹ Tilsvarende synspunkt ble fremmet av konsernutvalget,²² som foreslo at dette ble nedfelt i lovs form. Dette ble uttrykkelig avvist av flertallet i arbeidslivslovutvalget²³. En så vidtgående forståelse av arbeidsgiverbegrepets funksjonelle aspekt kan av denne grunn ikke anses å være uttrykk for gjeldende rett.²⁴

En viss betydning har det funksjonelle aspektet. I forarbeidene til någjeldende lov, trekkes det frem at man ved plassering av arbeidsgiveransvaret skal legge vekt på hvem som har opptrådt som arbeidsgiver, og som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner.²⁵ Det presiseres at ansvaret kan plasseres hos flere dersom det foreligger særskilt grunnlag for det. Dette innebærer at arbeidsgiveransvaret også kan plasseres fullt ut på en annen juridisk enhet dersom dette representerer det reelle forholdet.

Det gir liten veiledning å se isolert på spørsmålet om hva det innebærer at arbeidsgiverbegrepet er «funksjonelt». Man må heller gå konkret inn i rettspraksis og øvrige rettskilder for å finne ut av hvilke rettsregler som gjelder for plassering av arbeidsgiveransvar. Nedenunder gjennomgås noe rettspraksis knyttet til den funksjonelle siden av arbeidsgiverbegrepet, for å se hvilken betydning det kan ha for gjennomskjæring eller påleggelse av delt/felles arbeidsgiveransvar.²⁶

2.4 Relativt arbeidsgiverbegrep

²¹ Jakhell (2004) s. 81

²² NOU 1996: 6,

²³ NOU 2004:5

²⁴ se også Ot.prp.nr.49(2004-05)

²⁵ Ot.prp. Nr. 49 (2004-05) s.75

²⁶ se punkt 4.3.3

På tross av at arbeidsgiverbegrepet er gitt i legaldefinisjon i aml.§1-8 må det etter rettspraksis, teori og forarbeider anses som klart at arbeidsgiverbegrepet er relativt.²⁷

Arbeidsgiverbegrepet gjengis i de ulike bestemmelser i loven. Loven dekker en rekke ulike formål av ulik karakter knyttet til HMS, arbeidstid, stillingsvern m.v. Ved en vurdering av den enkelte bestemmelsen i loven vil en tolkning ut i fra formålet gjøre at arbeidsgiverbegrepet får ulikt innhold. Arbeidsgiverbegrepet vil på tvers av de ulike formålene i loven ha en felles kjernebetydning, mens grensedragningen kan falle noe ulikt ut.

2.5 Virksomhetsbegrepet

Virksomhetsbegrepet er først og fremst en angivelse av arbeidsmiljølovens virkeområde, jf. § 1-2: *«Loven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven.»*

Videre er en rekke av rettighetene i arbeidsmiljøloven knyttet opp i mot virksomhetsbegrepet, slik at arbeidsgivers plikter gjelder innenfor virksomhetens grenser. Jeg vil derfor redegjøre for begrepet og dets forhold til arbeidsgiverbegrepet.

Begrepet virksomhet omfatter alle former for næringsvirksomhet og offentlig forvaltning, men sjøfart, fangst og fiske og militær luftfart er spesifikt unntatt loven, jf. § 1-2(2). Statlig virksomhet faller i utgangspunktet inn under loven, men med en del modifikasjoner. Enkelte bestemmelser i arbeidsmiljøloven gjelder ikke for arbeidstakere som er ansatt i staten,²⁸ og arbeidsmiljøloven suppleres her av tjenestemannsloven og forvaltningsloven. I forskrift er det videre gitt enkelte begrensninger i lovens anvendelse som gjør at virksomheter som

²⁷ jf. NOU 1996:6 3.4.3. som på dette punkt må antas å være representativ for rettsstillingen også i dag.

²⁸ jf. Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper §1

ansetter visse grupper arbeidstakere gis noe utvidet handlingsrom. Ingen virksomhet er i forskriften helt unntatt loven.

Virksomhetsbegrepet har en nedre grense. Av NOU 2004:5 punkt 10.4.1 s.150 følger at virksomheten må «*ha en viss grad av organisasjon og varighet, og ikke være helt ubetydelig. Dette innebærer blant annet at de rent private/personlige arbeidsavtaler ikke omfattes av arbeidsmiljøloven.*» Også virksomhet med ikke-økonomisk formål omfattes av loven.²⁹

Noen sentrale bestemmelser som knytter rettigheter til virksomhetsbegrepet er reglene i § 15-3(2) og (3) om lengden av oppsigelsesfrist, § 15-7(2) om at oppsigelse på grunn av driftsinnskrenkning eller rasjonalisering ikke er saklig begrunnet dersom det finnes annet passende arbeid i virksomheten, reglene om virksomhetsoverdragelse i kapittel 16 og regelen i § 14-2 om fortrinnsrett til stilling i samme virksomhet.

Mye taler for at også virksomhetsbegrepet er relativt, og må fastsettes etter en formålstolkning av den enkelte bestemmelse:

«I en del praksis og teori er det fremholdt at begrepets rekkevidde må tolkes på bakgrunn av formålet med den enkelte bestemmelse»³⁰

Forarbeidene viser til en lagmannsrettsavgjørelse,³¹ hvor følgende uttales:

«Partene har i sine innlegg for lagmannsretten vært opptatt av arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljøloven. Etter lagmannsrettens mening gir utvikling av generelle begreper liten veiledning. Hvordan virksomhet skal forstås ved tolkning av § 23 og § 25, må avgjøres konkret i forhold til bestemmelsenes formål, slik det er gjort rede for ovenfor. Det samme er lagt til grunn i Rt-1998-1357 (Furuseth) i forhold til arbeidstidsbestemmelsene i § 49.»

²⁹ Ot.prp. nr. 3 (1975–76) s. 101.

³⁰ NOU 2004:5 s. 150 kap. 10.4.1:

³¹ LB-1999-2678

Normalt vil begrepene arbeidsgiver og virksomhet sammenfalle, slik at man vil få det samme resultatet om man skal finne frem til hvem som er arbeidsgiver, eller i hvilken virksomhet arbeidstakeren er ansatt. Dersom virksomhetsbegrepet skal forstås snevrere enn arbeidsgivers samlede virksomhet må dette ha særskilt grunnlag.³² Ettersom begge begrepene er relative og må tolkes konkret i hver enkelt sak ut i fra formålet med bestemmelsen, vil utfallet kunne gi forskjeller i grensedragningen. Ulikheten skyldes da først og fremst formålet med den enkelte bestemmelse, fremfor ulikheter i definisjonen av virksomhets- og arbeidsgiverbegrepet.

Arbeidsmiljøloven gir ingen definisjon av virksomhetsbegrepet, men regelen om ansettelsestid³³ angir denne bestemmelsens virkeområde mer presist. Det er her bestemt at ansettelsestid i *annen* virksomhet innenfor samme konsern skal regnes med ved fastsettelse av oppsigelsesfristen. Dette trekker i retning av at virksomhetsbegrepet ellers i loven ikke omfatter hele konsernet.

I forbindelse med virksomhetsbegrepet så vel som med arbeidsgiverbegrepet må man spørre om arbeidsgivers ansvar kan strekke seg utenfor virksomhetens grenser, eller om arbeidsgivers ansvar i enkelte tilfeller må avgrenses til en del av arbeidsgivers virksomhet.

³² NOU 2004:5 s. 150

³³ jf. §15-3(6)

3 Storbedriftsmodellen – innskrenket arbeidsgiveransvar?

3.1 Innledning

Det kan tenkes at hver enkelt underenhet av en bedrift skal anses som «arbeidsgiver» og arbeidsgivers «virksomhet».

Dette blir aktuelt der hver enkelt underavdeling i en storbedrift operer som en selvstendig økonomisk enhet, med egen ledelse og uten at de ansatte har noen tilknytning til andre avdelinger i arbeidsgivers samlede virksomhet. Den geografiske avstanden mellom avdelingene kan være stor, og de kan ha ulike driftsformål. Under slike forutsetninger vil det for eksempel ikke være en selvfølge at arbeidstaker kan gjøre fortrinnsrett i § 14-12 gjeldende innenfor hele den samlede virksomheten.

Et vidt virksomhetsbegrep vil ikke alltid være til fordel for arbeidstaker. Dersom virksomhetsbegrepet gjelder hele arbeidsgivers virksomhet, vil et tilbud om stilling i samme virksomhet i utgangspunktet være tilfredsstillende når det kommer til § 15-7 og plikten til å tilby «annet passende arbeid» ved oppsigelse. Arbeidstaker som takker nei til annen passende stilling mister dessuten fortrinnsretten etter § 14-2(5).

3.2 Rettspraksis

Spørsmålet om å innskrenke arbeidsgiveransvaret til en del av arbeidsgivers totale virksomhet kom opp i den mye omtalte Furuseth- dommen.

3.2.1 Rt 1998 s. 1357

En ansatt i Oslo kommune hadde henholdsvis heltidsstilling og deltidsstilling i to forskjellige etater. Etter at arbeidsforholdet ble avsluttet krevde vedkommende overtidsbetaling for arbeid utover heltidsstillingen. Høyesterett slo fast at overtiden hadde skjedd i forståelse med arbeidsgiver. De som inngikk avtale med Furuseth om ekstraarbeidet var klar over

hovedstillingen i Oslo Kommune. Det avgjørende spørsmålet for domstolen var da om det var kommunen som sådan, eller den enkelte etat, som var for arbeidsgiver å regne i bestemmelsene om arbeidstid. Overtidskravet var avhengig av at kommunen, ikke den enkelte etat, var arbeidsgiver. Retten delte seg i et flertall og et mindretall, men det var enstemmighet vedrørende spørsmålet om kommunen som sådan var arbeidsgiver, jf. annenvoterendes begrunnelse:

«Som førstvoterende, mener jeg at Oslo kommune i forhold til bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 10 må ses som en arbeidsgiver for alle som er ansatt i kommunens forskjellige etater og bydeler, selv om det er delegert til etatsjefene å foreta tilsetninger og utøve andre arbeidsgiverfunksjoner overfor de ansatte. Jeg finner likevel ikke dette avgjørende.»

Førstvoterende er også innom de reelle hensynene som taler for en innsnevring av arbeidsgiverbegrepet ved slik virksomhetsstruktur, men det blir ikke avgjørende:

«Jeg innser at det kan gjøre seg gjeldende særskilte hensyn innenfor Oslo kommune på grunn av kommunens størrelse og desentraliserte styringsstruktur. Men liknende betraktninger kan også gjøres gjeldende når det gjelder andre større kommuner eller bedrifter, og jeg har vanskelig for å se at det her kan foretas noen avgrensning uten positiv hjemmel.»

Både førstvoterende og annenvoterende viser til formålet med reglene om arbeidstid i kap. 10 som støtte for sitt resultat. Førstvoterende viser helt generelt til formålet med arbeidstidsbestemmelsene:

«Å la etatene og bydelene være enheten ville innebære en innskrenkende fortolkning av vernebestemmelser for arbeidstakerne. Formålet er å beskytte arbeidstakeren mot å arbeide så lenge at det går ut over hans og hans families trivsel og velferd.»

Annenvoterende fremhever at mulighetene for press som bestemmelsen er ment å hindre ikke kommer på tale her.

3.2.2 Rt. 1992 s. 776

I Rt 1992 s.776 kom også spørsmålet om storbedrift opp. Denne gangen i forbindelse med reglene om saklig oppsigelse.

Sakens faktum var at Sparebanken AS måtte legge ned en filial som følge av ubestridte økonomiske forhold. De ansatte ved filialen ble sagt opp, men ble tilbudt å søke på eventuelle ledige stillinger i avdelingen. De ansatte hevdet seg usaklig oppsagt på flere grunnlag, bl.a. at de ikke hadde fått tilbud om «annet passende arbeid i virksomheten.», jf. Aml.§15-7(2) 2.punkt.

Saken dreide seg først og fremst om saklig utvelgelse ved oppsigelse. Her fant retten, etter en vurdering, at det var saklig å si opp de ansatte ved den nedlagte filialen, fremfor å ta med alle ansatt under andre filialer og avdelinger med i utvelgelseskretsen.

Førstvoterende viser til at de oppsagte *«måtte anses som ansatt ved avdelingskontoret[...]*». Det vises videre til at bankens strakk seg over et stort geografisk område, og at ansettelsesmyndigheten var tillagt den enkelte avdeling. Det ble også påpekt av det nylig var gjennomført en rekke fusjoner av lokalbanker. Inntil nylig hadde altså filialen vært en selvstendig virksomhet. Disse momentene er tatt til inntekt for at arbeidsgivers oppsigelse av de ansatte ved filialen var saklig, og i tråd med saklige utvelgelsesprinsipper.

3.3 Konklusjon

Dommene viser at reelle hensyn kan tale for innsnevring av arbeidsgiveransvaret. Dette har ikke gitt noe utslag, trolig på bakgrunn av at arbeidsmiljøloven er gitt til vern av arbeidstakere, og det kreves klare holdepunkter for at arbeidsgiveransvaret skal innsnevres. Dette er det gitt uttrykk for i Rt 1998 s. 1357:

«Å la etatene og bydelene være enheten ville innebære en innskrenkende fortolkning av vernebestemmelser for arbeidstakerne.[...]Riktignok har ikke lovgiveren

forbudt en arbeidsgiver å la en arbeidstaker ta ekstraarbeid hos seg i tillegg til fulltidsstilling hos en annen arbeidsgiver. Men selv om et slikt forhold faller utenfor loven, kan jeg ikke se at det kan gi grunnlag for å unnta forhold som ut fra en naturlig lovforståelse faller innenfor lovens verneregler.»

Rt 1992 s.776 viser allikevel at, i forhold til enkelte bestemmelser, kan det godtas at arbeidsgiver vurderer deler av en bedrift separat, men arbeidsgiveransvaret som sådan pålegges fremdeles den samlede virksomheten.

Etter dette må det sluttet at det arbeidsgiveransvaret/virksomhetsgrensene ikke kan innskrenkes til å gjelde den enkelte underavdeling. Arbeidsgiveransvaret omfatter hele arbeidsgivers samlede virksomhet.

4 Konsernforhold – delt/utvidet arbeidsgiveransvar

4.1 Innledning

4.1.1 Definisjon av konsern:

I aksjeloven defineres et konsern som bestående av morselskap og datterselskap(er). Et selskap regnes som morselskap dersom det gjennom avtale eller som eier av aksjer eller selskapsandeler har bestemmende innflytelse over et eller flere andre selskap(datterselskap). Vi finner også begrepet i hovedavtalen mellom LO og NHO kap. XIV:

«Sammenslutning av juridiske enheter og/eller administrative selvstendige enheter (f.eks. aksjeselskaper og /eller divisjoner) som finansielt og delvis også administrativt og kommersielt danner en enhet»

Det avgjørende på arbeidsrettens område er ikke om strukturen faller inn under definisjonen konsern eller ikke, men at det dreier seg om samarbeidende selskaper, som mer eller mindre uttrykt utgjør en enhet. Det er derfor naturlig å legge en vid forståelse av konsernbegrepet til grunn. De hensynene som gjør seg gjeldende i konsern vil også gjøre seg gjeldende i andre samarbeidsvarianter, som derfor bør behandles likt.

I konsernforhold og andre former for samarbeid kan den naturlige forutsetningen om at arbeidsgiver har beslutningsmyndigheten i arbeidsgivers virksomhet svikte. Organiseringen av bedriften medfører en mulighet for at arbeidsgiver ikke nødvendigvis har full myndighet til å avgjøre i spørsmål som påvirker arbeidstakerne. Morselskapet utøver gjerne styring over datterselskapene, ikke bare gjennom styrefunksjoner, men også på et mer uformelt plan. Konsernet opererer gjerne som en enhet med sentral ledelse og egen konsernsjef.

På visse rettsområder behandles konserner i gitte tilfeller som en enhet. Som eksempel kan nevnes merverdiavgiftsloven § 12 og reglene om konserninterne overføringer i aksjeloven.³⁴ Innenfor arbeidsretten er den eneste lovregelen som gir konsernet stilling som en enhet § 15-3(6) om beregning av oppsigelsesfrister. All ansettelsestid innenfor konsernets ulike virksomheter regnes med.

At virksomhet kan være del av en større enhet har gjort at spørsmålet om arbeidstakers stilling i konsernforhold, og ved andre samarbeidsformer mellom selskapene, har vært en problemstilling i lovarbeidet. Allikevel mangler det fremdeles klare retningslinjer, men klart er i alle fall at arbeidsgiveransvaret kan strekke seg utenfor den formelle selskapsstrukturen. Dette er en rettsdoktrine om delt arbeidsgiveransvar som er utviklet i rettspraksis.

I litteraturen er det gjennomgående uttalt at hovedregelen er at arbeidsgiveransvaret avgrenses til den enkelte juridiske enhet arbeidstaker er ansatt i. Det må spørres om dette ikke bærer tankene galt av sted.³⁵ For at arbeidstakervernet skal være reelt er det en forutsetning at arbeidsgiver ikke kan organisere seg bort fra ansvar. Sammenholdt med at loven er pre-septorisk, og at de reelle forholdene skal legges til grunn, må det slutes at hvem som er arbeidsgiver, og om ett eller flere selskaper er arbeidsgiver, må vurderes konkret. Om man tar utgangspunkt i en konkret vurdering, eller tar utgangspunkt i at arbeidsgiveransvaret som hovedregel må avgrenses til den enkelte virksomheten, er kun et spørsmål om definering av problemet. Utfallet vil bli det samme, så lenge man anvender de rettskildene som er tilgjengelig.

4.2 Lovgivers vurderinger

³⁴ Asl. § 3-9

³⁵ Jakhelln 2004 s. 81.

På 90 tallet ble lovgiver oppmerksom på at arbeidslivet var i endring. En av endringene var at selskap som tidligere var organisert som et stort AS ble omdannet til egne juridiske underenheter. Konsern ble en vanlig organisasjonsform. Loven av 1977 var tilpasset en situasjon hvor den juridiske person som arbeidsgiver fullt ut har beslutningsmyndighet i de spørsmål som angår arbeidsforholdet. I det nye arbeidslivet hvor selskaper samarbeidet ble viktige beslutninger nå tatt utenfor selskapet arbeidstaker var ansatt i.

4.2.1 Konsernutvalget NOU 1996:6

Konsernutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 4. juli 1994 for å vurdere ulike spørsmål knyttet til denne utviklingen. Mandat gikk blant annet ut på å vurdere om gjeldende rett er mangelfull i møte med ulike konsernstrukturer, og vurdere hvilke tilpasninger som burde gjøres slik at morselskapet i visse tilfeller ble ansvarlig overfor arbeidstaker. Konsernutvalget skulle også avklare gjeldende rettstilstand og se på økonomiske konsekvenser av et eventuelt utvidet arbeidsgiveransvar. Deres innstilling ble gitt i NOU 1996:6 *Arbeidstakernes stilling i konsernforhold mv.*

4.2.1.1 Rettspraksis før konsernutvalget

I forkant av konsernutvalgets innstilling hadde det utviklet seg en lære om delt arbeidsgiveransvar i rettspraksis.

Ulrikka- dommen i Rt 1937 s. 21 har begrenset betydning ettersom den er innenfor sjøretens område, men den gjelder krav på lønn, og hensynene som gjør seg gjeldende er sammenfallende med de på arbeidsmiljølovens område. Den er også den første dommen av betydning som pålegger delt ansvar for arbeidstaker.

Den gjelder ansvar for sjømennenes krav på ekstrahyre ved salg til utlandet. Banken, som var panthaver ble funnet solidarisk ansvarlig med rederiet for betaling av lønn til sjømennene. Beslutningen var begrunnet med at det var panthaver som hadde fastsatt lønn og andre driftsvilkår, og som hadde tatt beslutning om salget, som fikk som virkning for sjømennene

at de ble oppsagt. Om man kan trekke noen bredere slutning av dette kan det være at «*den som treffer avgjørende disposisjoner vedrørende driften med den følge at arbeidsforholdet opphører blir ansvarlig for ansattes krav.*»³⁶ Dommen har i dag liten rettskildeverdi for spørsmålet om arbeidsgiveransvar. Det er kommet nyere rettspraksis som er innenfor arbeidsmiljølovens område.

Den første dommen som antyder et delt/utvidet arbeidsgiveransvar på arbeidsmiljølovens område er på strafferettens område. I Rt 1985 s.941 ble Oil Industry Services straffeansvarlig for brudd på den tids § 14(2) h, som stiller krav til arbeidsgivers grunnleggende opplæring av arbeidstaker. Saken ble utløst av havariet av boligplattformen "Alexander L. Kieland". Politiet kunne under etterforskningen ikke finne grunnlag for å forfølge noe straffbart forhold som kunne ha utløst ulykken, men det ble derimot funnet grunnlag for å straffeforfølge på bakgrunn av nevnte bestemmelse, selv om det ikke var godtgjort at dette hadde forårsaket ulykken.

OIS hevdet de ikke kunne holdes ansvarlig ettersom arbeidstakerne var tilsatt hos OIS' medlemsbedrifter. OIS og Phillips Petroleum Company Norway hadde i 1979 inngått en samarbeidsavtale. OIS inngikk så en avtale med de enkelte medlemsbedrifter som underleverandører.

Medlemsbedriftene skaffet nødvendig folk, sørget for avlønning, skattetrekk, arbeidsgiveravgift og sosiale utgifter. Etter avtalen med Philips var det OIS som var ansvarlig for arbeidets utførelse og alle arbeidstakere skulle anses som OIS-folk. OIS koordinerte arbeidet etter at de hadde fått arbeidskraften fra medlemsbedriftene. Arbeidskraften ble gjort tilgjengelig på bakgrunn av spesifiseringer til de enkelte medlemsbedrifter om hvilke arbeider som skulle utføres, antall arbeidere som trengtes og hvilke kvalifikasjoner som var nødvendig.

³⁶ Jon Tormod Dege, 2009, s. 57

Høyesterett la til grunn at OIS måtte anses som arbeidsgiver, og viser herunder til at sentrale elementer av styringsretten som følger med arbeidsgiverposisjonen lå til Oil Industry Services. Dommeren bemerker at *«Det vel kan forekomme at flere bedrifter innen en «paraplyorganisasjon» som OIS i enkelte relasjoner – hensett til de konkrete forhold – kan bli å anse som arbeidsgiver»*

Rt 1993 s.345 (Martherson-Selig European AS) gjelder krav om annet passende stilling i arbeidsmiljøloven 1977 § 60 nr.2,³⁷ og tilsier at aksjemajoritet kan tilsi utvidet arbeidsgiveransvar. Arbeidstakerne ble sagt opp på grunn av mangel på oppdrag. De ble utkonkurrert av et annet selskap, Norcolour AS. Etter oppsigelsene kjøpte Matherson- Selig aksjer i Norcolour, slik at selskapet ble sittende med en aksjemajoritet. Høyesterett kom i kjæremål til at lagmannsretten ikke hadde lagt feil lovanvendelse til grunn når de hadde sluttet at selskapene i forhold til § 60 nr. 2, og § 61 nr. 4,³⁸ var som én virksomhet å regne.

Også Rt.1990 s.1126 (Wärtsilä) og ARD 1980 s.79 er viktige dommer i rettsutviklingen. Disse gjennomgås nedenunder.

Dommene gjelder ulike rettigheter i lov og avtale, og det er derfor vanskelig å trekke noen helt konkrete slutninger ut i fra dem, ettersom arbeidsgiverbegrepet er relativt. Det kan helt generelt synes til at dommene går ganske langt i å legge et funksjonelt arbeidsgiverbegrep til grunn, slik at arbeidsgiveransvaret plasseres der myndigheten reelt ligger, selv hvor denne myndigheten ikke utøves direkte ovenfor arbeidstakerne, men indirekte gjennom den formelle arbeidsgiveren. Særlig ARD 1980 s. 79 og Rt 1937 s. 21 synes å gå langt her.

³⁷ Arbeidsmiljøloven 2005 § 15-7(2)

³⁸ nåværende §§15-7(2) og 15-11

4.2.1.2 Konsernutvalgets lovforslag

Flertallets syn i konsernutvalget var at:

«arbeidstakernes rettsstilling ikke bør være avhengig av formelle foretaksstrukturer, men av de underliggende og reelle forhold. Som utgangspunkt bør derfor anses som arbeidsgiver også det eller de foretak hvor de reelle beslutninger blir truffet som vedrører arbeidstakernes arbeidsforhold, og som utøver arbeidsgiverfunksjoner som følge av styringsretten, slik at de rettigheter og plikter som følger av det å være arbeidsgiver – i forhold til arbeidsmiljølovens bestemmelser – ikke begrenses til det eller de foretak som arbeidsforholdet er formelt knyttet til.»

Utvalgets flertall foreslo en endring av arbeidsgiverbegrepet for å møte dagens situasjon. Forslaget gikk ut på at arbeidsgiverbegrepet skulle utvides til å omfatte annet selskap som kan utøve bestemmende innflytelse over den som er arbeidsgiver. Dette ville omfatte både andre selskap i et konsern, og selskaper som var tilknyttet arbeidsgiver via andre samarbeidsformer. Forslaget tok videre utgangspunkt i at det så var arbeidsgiver som eventuelt må kunne godtgjøre at bestemmende innflytelse ikke hadde vært utøvd.

Det ble spesifisert i utredningen³⁹ at avtalen fremdeles skulle angi den enkelte virksomheten som «*primærarbeidsgiver*». Arbeidstaker ville dermed ikke ha plikt til å utføre arbeidet annet sted i konsernet, med mindre dette var fastsatt i avtalen.

Lovforslaget møtte en hel del motstand i høringsrunden, og departementet fant ikke den gang grunnlag for å gå videre med saken.

4.2.2 Arbeidslivsutvalget NOU 1999: 34

Arbeidslivsutvalget oppnevnes ved kongelig resolusjon av 19. mars 1999, og fikk i mandat å se nærmere på utfordringer knyttet til nye krav til fleksibilitet i dagens arbeidsliv. Denne

³⁹ NOU 1996:6 kap. 5.2.3

utredningen er mindre omfattende, ettersom den først og fremst var ment som et forarbeid for senere lov- og regelendringer.

Utvalget foreslår å gjennomgå regelverket med sikte på å avklare hvordan begrepene arbeidsgiver og arbeidstaker bedre kan fange opp alle aktører og relasjoner som har innflytelse på arbeidsmiljøet.

4.2.3 Arbeidslivslovutvalget NOU 2004:5

Arbeidslivslovutvalget fulgte opp de to tidligere utvalgene. Utvalget hadde et svært omfattende mandat, som gikk ut på en nærmest total gjennomgang av gjeldende regulering av arbeidslivet. Blant de sentrale temaene var vurdering av arbeidsgiver/arbeidstakerbegrepet, særlig i forbindelse med konserner og andre samarbeidende selskaper, jf. punkt 5 i mandatet. Arbeidslivslovutvalget foretok en selvstendig vurdering av spørsmålet om revisjon av lovens begrep. Utvalget delte seg i et flertall og et mindretall hvor flertallet trakk frem at en utvidelse av arbeidsgiverbegrepet i den variant konsernutvalget foreslo er praktisk vanskelig å gjennomføre, og at kriteriet for ansvar er for skjønnspreget og bevismessig komplisert. Departementet mente det var viktig at hvem som har arbeidsgiveransvaret fremgikk tilstrekkelig tydelig av loven. De mente at gjeldende rett med tilhørende praksis traff godt nok med hensyn til hvem som fattet beslutninger i bedriften.

I tiden mellom konsernutvalget og arbeidslivsutvalget var det ikke kommet nye saker for retten, så arbeidslivslovutvalget har her siktet til samme rettsstilstand som forelå for konsernutvalget, og som er kort redegjort for over.

4.2.4 Ny arbeidsmiljølov: Ot.prp.nr.49(2004-2005)

Arbeidslivslovutvalgets utredning førte frem til at regjeringen i Ot.prp.nr.49(2004-2005) fremmet forslag om ny lov. I forarbeidene gjennomgås gjeldende rettsstilstand. Særsilt viktige er følgende setninger: «Hovedregelen er altså at den enkelte virksomhet i et konsern er arbeidsgiver for sine arbeidstakere»

Og videre:

«I den grad det etter rettspraksis er oppstilt et delt arbeidsgiveransvar, så har det etter en konkret vurdering vært et særskilt grunnlag for det.»

Etter dette gjelder ingen generell regel om delt arbeidsgiveransvar i konsernforhold. Man må i stedet se til andre rettskilder, først og fremst rettspraksis, for å avgjøre hvor arbeidsgiveransvaret ligger. Det er beklagelig at ikke gjeldende rettspraksis er kodifisert i lovgivning.

Forarbeidene trekker frem at det foreligger en domstolskapt mulighet for felles arbeidsgiveransvar. «virksomhet» og «arbeidsgiver» er tolket til å kunne omfatte flere selskaper som inngår i et fellesskap. Dette er et klart eksempel på domstolenes rettsskapende virksomhet. Doktrinens innhold er etter gjeldende praksis uklar. Spørsmål om når felles arbeidsgiveransvar oppstår er det gitt noen retningslinjer for, men svært få klare rettssetninger.

Forarbeidene legger til grunn at det må noe særskilt til, og samler opp rettspraksis i tre grunnlag for delt arbeidsgiveransvar:

«I den grad det etter rettspraksis er oppstilt et delt arbeidsgiveransvar, så har det etter en konkret vurdering vært et særskilt grunnlag for det. Slike særlige grunnlag har i hovedsak vært at det er avtalt flere arbeidsgivere, at flere selskaper reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner, eller at arbeidsforholdet har kontraktsmessige uklarheter.»⁴⁰⁴¹

Inndelingen er ikke ment å være uttømmende, jf. «i hovedsak».

⁴⁰ Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.76

⁴¹ mine uthevninger

At det skal noe særskilt til tas til inntekt for at en naturlig og ordinær selskapsavgrensning må legges til grunn for arbeidsgiver- og virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljøloven, jf. RG 2002 s. 1551:

«Når det ikke er fremkommet annet enn et regulært konsernforhold, kan det ikke konkluderes arbeidsgiveransvar for Oddstøl» (morselskapet).

I denne saken holdt morselskapet liv i datterselskapet, uten at dette ga grunnlag for utvidet arbeidsgiveransvar i forhold til reglene om oppsigelse. Dette innebærer ikke at det kreves at arbeidsgiver har forsøkt å omgå ansvar for at det skal kunne oppstå delt arbeidsgiveransvar eller gjennomskjæring. Det sentrale vil være formålet med loven, ikke arbeidsgivers formål bak organiseringen.

4.3 «Særskilt grunnlag»

4.3.1 Innledning

Ut i fra gjennomgangen av lovforarbeidene legges det til grunn at det må noe særskilt til for at utvidet arbeidsgiveransvar. De enkelte særskilte grunnlagene behandles i det følgende for seg. Som regel vil flere grunnlag gjøre seg gjeldende i en enkelt sak.

4.3.2 Ved avtale

4.3.2.1 Innledning

I de tilfellene avtalen, til fordel for arbeidstaker, angir en annen arbeidsgiver enn det som følger av det reelle forholdet, eller angir flere arbeidsgivere, legges denne til grunn dersom det er til fordel for arbeidstaker,⁴². Loven er deklarasjonsrisk til fordel for arbeidstaker

⁴² jf. Aml. §1-9

4.3.2.2 Rt 1990 s. 1126 (Wärtsilä)

I Rt 1990 s. 1126 (Wärtsilä) ble morselskap pålagt plikt til å tilby annet passende arbeid innenfor konsernet etter at arbeidstaker ble oppsagt fra datterselskapet. Saken gjaldt arbeidsmiljøloven § 15-7(2):

«Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker.»

Vurderingen gjelder altså virksomhetsbegrepet, og omhandler arbeidsgivers plikt til å tilby annet passende arbeid.

Det var klart at arbeidstaker var arbeidstaker i datterselskapet i Norge og at datterselskapet var ansvarlig som arbeidsgiver overfor han. Høyesterett la til grunn at det ikke var noe i veien *«for å anse et datterselskap og et morselskap for å ha felles arbeidsgiveransvar hvor arbeidsgiverfunksjonene er delt mellom begge selskaper»*.

I saken ble det konkludert med at morselskapet var pliktig å tilby annen passende stilling. Dommeren tok ikke stilling til om det fantes annet passende arbeid ettersom arbeidstaker etter det opplyste ikke var villig til å flytte tilbake til morselskapet i Finland. Det ble vurdert om morselskapet hadde annet passende arbeid å tilby i nytt datterselskap. Dommeren la selskapets vurdering til grunn om at arbeidstaker ikke var kvalifisert for stillingen i det nye datterselskapet, og bemerket også at *«morselskapet – selv om det var stor aksjonær – ikke var enerådende i det nye selskap.»*. Arbeidstaker ble allikevel ikjent erstatning for lønnstap frem til domsavsigelse, på bakgrunn av at han hadde krevd å bli stående i stillingen, og arbeidsgiver ikke hadde fremmet krav om fratreddeskjennelse.

Høyesterett begrunnet avgjørelsen med en vurdering av hvilket selskap som utførte arbeidsgivers funksjoner. Morselskapet regulerte lønns- og pensjonsvilkår og det ble ansett avgjørende at *«han var forpliktet til å følge de direktiver som til enhver tid ble gitt av selskapets ledelse»*. Det ble ikke ansett avgjørende at lønn ble utbetalt av datterselskapet.

Det forelå en avtale mellom morselskap om arbeidstaker, som foranlediget ansettelsen i datterselskapet, og som også eksplisitt ga arbeidstaker rett til gjeninntreden i morselskapet når arbeidsforholdet i datterselskapet gikk ut.

Her var etter dette morselskapet arbeidsgiver, og dermed pliktig å tilby annet passende arbeid, også innenfor datterselskapet selskapet rådet over. På tross av at det foreligger en ansettelsesavtale i morselskapet konkluderte retten først og fremst på bakgrunn av at morselskapet hadde utøvet arbeidsgiverfunksjoner overfor arbeidstakeren. Dette illustrerer at flere grunnlag som regel vil være samvirkende.

4.3.2.3 Rt 1989 s.231 (Exploration Logging)

I Rt 1989 s.231 legges et utvidet arbeidsgiverbegrep til grunn selv om dette er her er til ulempe for arbeidstaker. Dommen illustrerer at et utvidet arbeidsgiveransvar/delt arbeidsgiveransvar ikke nødvendigvis vil være i arbeidstakers interesse.

Saken gikk ut på at tre sivilingeniører var ansatt i et internasjonalt konsern, hvor det i en hovedansettelsesavtale var bestemt at arbeidstakerne kunne beordres til andre selskaper innenfor konsernet. Etter å ha jobbet en stund i konsernets datterselskap i Bergen, hvorav to av dem hadde jobbet i andre selskaper i konsernet tidligere, ble de beordret til å flytte til Aberdeen. De ble avskjediget da de nektet. De tre anførte at selskapet i Norge var arbeidsgiver, og at de ikke kunne pålegges å utføre arbeid for annen arbeidsgiver.

Retten erkjenner at selskapet i Norge hadde viktige arbeidsgiverfunksjoner, og at det var inngått en avtale om arbeid med dette selskapet, men det poengteres at avtalens formål var å gjøre det mulig å søke om oppholdstillatelse. Det trekkes så inn at reelle hensyn taler for at det må kunne inngås avtale som pålegger internasjonal flytteplikt innenfor internasjonale konserner. Dommeren uttaler i denne forbindelse at det: *«kan være mest nærliggende å anse arbeidstakeren som ansatt i gruppen»*

Dommen innebærer at det kan avtales internasjonal flytteplikt i konsern, uavhengig av om arbeidstaker er ansatt i et av datterselskapene.

4.3.3 «Reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner»

Dette særskilte grunnlaget går ut på at en funksjonell vurdering av arbeidsgiverbegrepet kan føre til gjennomskjæring eller delt/utvidet arbeidsgiveransvar.

4.3.3.1 Rt 1990 s. 1126 (Wärtsilä)

I Rt. 1990 s. 1126, som er nevnt over, trekkes det inn at morselskapet har hatt bestemte innflytelse over lønn og pensjonsvilkår. Det ble ikke ansett som avgjørende at datterselskapet stod for utbetaling av lønnen.

4.3.3.2 Rt 1995 270

Saken gjelder oppsigelse fra panthaver når virksomhet er overtatt ved tvang. Panthaver hadde fått rett til tvangsbruk av et fiskeoppdrettsanlegg i inntil ett år. De to ansatte ved anlegget ble oppsagt med virkning fra banken tok over driften av anlegget. Spørsmålet var om arbeidstakerne hadde oppsigelsesvern overfor panthaver.

Her ble det aldri inngått noe arbeidsforhold mellom panthaver og arbeidstakere, men pant-haver trer inn i arbeidsgivers funksjon som drifter av virksomheten. Det er også banken som meddeler oppsigelse. Avgjørelsen begrunnes i reelle hensyn og at formålet med loven er trygge ansettelsesforhold. Hensynet til at arbeidstakerne skal ha tilstrekkelig vern fikk utslagsgivende vekt, og arbeidstakerne fikk erstatning for usaklig oppsigelse fra banken

4.3.3.3 RG 2004 s. 255

Saken gjennomgås nærmere nedenfor under punkt 3.5.1.2, men også her legger retten vekt på hvem som har utøvet arbeidsgiverfunksjonene. Arbeidstakerne hadde vært underlagt ledere ansatt i morselskapet, og retten la vesentlig vekt på at morselskapets ledelse og ledere var svært involvert både i den hverdagslige driften og på et mer overordnet plan.

4.3.3.4 RG 2007 s.1489

Spørsmålet i saken var om domstol i Norge var rett verneting. Arbeidstaker utførte arbeid for et konsern, og hadde en stund arbeidet i norsk datterselskap. Han påsto at han hadde rettigheter både tilknyttet datterselskap og morselskap. Konsernet hevdet at arbeidstaker var utsendt arbeidstaker i det norske datterselskapet, og derfor at norsk domstol ikke var rett verneting. Saken dreide seg om påstand om usaklig avskjedigelse etter at han ikke ønsket å flytte.

Retten legger til grunn, at dersom arbeidstaker ikke skal anses ansatt i den virksomheten han utfører arbeid for, må dette i alle fall kunne dokumenteres klart fra arbeidsgiversiden:

«Dersom arbeidsgiver vil gjøre gjeldende at en person som arbeider i en virksomhet i Norge er underlagt en annen hovedansettelsesavtale med en utenlandsk enhet og som skal overstyre forholdet til den lokale virksomheten, må det kreves at arbeidsgiver kan fremlegge dokumentasjon av en viss klarhet for at så er tilfelle.»

Videre ser retten til hvem som har utøvd styringsrett over arbeidstaker, og konkluderer med at både morselskap og datterselskap har hatt arbeidsgiverfunksjoner:

«Det siste halvåret av 2005 da de begivenheter saken gjelder fant sted, var A dessuten blitt underlagt en reell ledelse av den daglige leder av det norske selskapet. Bortsett fra at det er opplyst at noe av lønnen ble utbetalt av et annet konsernselskap, er det da ingenting som taler for at dette ikke var et vanlig norsk arbeidsforhold i samsvar med presumsjonen for at man er ansatt i den virksomheten man arbeider.»

A var altså ansatt i datterselskapet i Norge, og hadde stillingsvern her. Retten vurderer videre om arbeidsgiveransvaret deles med morselskapet. Retten fant at instruksjonsmyndighet overfor A ble utøvd også av andre enn det norske selskapet, men virksomhetens struktur var uklar. Avgjørende blir at morselskapet foretar beslutningen om avskjedigelsen, representert ved personalansvarlig tilknyttet morselskapet:

«Uten hensyn til på hvilket nivå i konsernhierarkiet myndigheten til å terminere et arbeidsforhold normalt var ansett å være plassert – og uten hensyn til hvem av partene det var som i utgangspunktet terminerte As arbeidsavtale – blir det avgjørende for saken her at det i As tilfelle synes ubestridt at beslutningen om at A ikke skulle stå i stillingen i oppsigelsestiden, men at arbeidsforholdet skulle opphøre umiddelbart, ble fattet av konsernet personalansvarlige, Peter Langdon, i telefonsamtalen med A den 15. desember. Det synes derfor ikke tvilsomt at ShawCor Ltd var involvert i arbeidsavtalen som part og utøvet instruksjonsmyndighet.»

Etter dette ble domstol i Norge ansett som rett verneting for arbeidsavtalen, ettersom kontraktoppfyllelsen skulle skje her i landet.⁴³ Spørsmålet om forholdet til luganokonvensjonens regler om verneting kom også opp i saken, men faller utenfor oppgaven.

I saker som dreier seg om delt/felles arbeidsgiveransvar legges alltid mye tid i bevissspørsmål og vurderinger knyttet til hvem som har utøvet arbeidsgiverfunksjonene. Arbeidsgiverfunksjonene som utløper direkte av arbeidsgivers styringsrett er vesentlig. De mest sentrale arbeidsgiverfunksjonene er dermed styring, ledelse og kontroll av arbeidet og virksomheten. Hvem som følger opp de ansattes prestasjoner vil også være relevant, mens hvem som står for utbetaling av lønn vil være mindre sentralt. Noe rettspraksis tyder på at beslutning som enten direkte eller avledet fører til at arbeidsforholdet opphører tillegges betydelig vekt i vurderingen av hvor arbeidsgiveransvaret skal plasseres.

⁴³ jf. Tvistemålslov av 13.8.1915[opphevet] § 25.

4.3.4 «Kontraktsmessige uklarheter»

Det er arbeidsgiver som har risikoen for uklarheter ved avtalen. Dersom arbeidsgiver ikke har uttrykt seg klart nok kan utfallet bli at arbeidsgiveransvaret utvides, eller plasseres et annet sted enn arbeidsgiver har forutsatt.

4.3.4.1 Rt 1997 s.623

I Rt 1997 s.623 blir hensynet til hva arbeidstaker har hatt grunn til å forvente trukket frem. Spørsmålet i saken var om arbeidstakerne var ansatt i kommunen, eller i et senter de samarbeidende kommunene hadde opprettet. Spørsmålet var om de, i forlengelse av dette, hadde krav på «annet passende arbeid» i kommunene etter at senteret ble nedlagt. Det var ikke inngått noen skriftlig ansettelsesavtale. Flertallet fant ikke at de tilsatte hadde *«noen rimelig foranledning til å tro at det var tale om ansettelse i stilling hos samarbeidskommunene»*. Mindretallet la til grunn at uklarhetene i avtaleforholdet medførte at arbeidstakerne hadde grunn til å forvente at deres stillingsvern strakk seg utenfor PDF-senterets grenser.

4.3.4.2 Rt 1993 490, (Reksten Management)

Dommen illustrerer at kompliserte ansvarsforhold på arbeidsgiversiden gjør dette grunnlaget svært aktuelt. I Rt 1993 s. 490 var tvisten sprunget ut av en overdragelse av skip. Skipet ble solgt fra et norsk rederi til et utenlandsk rederi, som så leide ut båten til Spector. Sectors båter ble driftet av Reksten Management AS, som hadde ansvaret for bemanning og skulle ta hånd om alt som hadde med mannskapet å gjøre. Normalt er det rederiet som er arbeidsgiver. Saken gjaldt et ubestridt krav på krigsrisikotillegg. Reksten Management AS hevdet forgjeves at Spector som reder var arbeidsgiver og rett pliktsubjekt.

Høyesterett unngår å komme med uttalelser om arbeidsgiveransvaret generelt, og begrunner i stedet avgjørelsen med alminnelig fullmaktlære: *«Jeg er etter dette blitt stående ved at Reksten ikke kan anses for å ha klargjort overfor Lerøen at selskapet bare opptrådte som*

fullmektig, og Reksten blir derfor bundet til å oppfylle arbeidsgiverens forpliktelser etter kontrakten.»

4.3.4.3 Rt 1993 s.954

Spørsmålet var hvem som var rett saksøkt i sak om erstatning for usaklig oppsigelse. Det var i arbeidsforholdet ikke inngått noen skriftlig ansettelsesavtale eller annen dokumentasjon som kunne klargjøre hvem som var arbeidsgiver. Spørsmålet var om arbeidsgiver var aksjeselskap, eller eier(e) personlig. Slik tvil oppstår hvor eier av aksjeselskapet arbeider i styret.

Det ble det lagt avgjørende vekt på at det ikke var tilstrekkelig klargjort overfor de ansatte at aksjeselskapet skulle være arbeidsgiver.

4.3.4.4 Konklusjon

Vurderingen er avhengig av avtalerettslige prinsipper, men særlige hensynet i arbeidsforhold gjør seg gjeldende. Arbeidsgiver er klart parten som sitter med mest informasjon, og som er den profesjonelle i forholdet. Det faller derfor ut i arbeidsgivers disfavør om ikke ansvarsforholdet er klargjort godt nok. Dette kan medføre at arbeidsgiver som ikke er gjennomtenkt i sine disposisjoner kan pådra seg arbeidsgiveransvar utover det som er naturlig etter forholdene.

4.3.5 Andre mulige grunnlag

4.3.5.1 Sammenblanding av virksomhetene

Det at samarbeidende selskaper ikke opprettholder klare virksomhetsgrenser kan tale for delt/felles arbeidsgiveransvar. Dersom selskapene har felles personaladministrasjon, rutiner for overflytting av personell, utførelse av arbeid på tvers av de formelle grenser osv., kan dette være holdepunkter som taler for et utvidet virksomhetsbegrep.⁴⁴

⁴⁴ Storeng (2003) s. 21 og Dege(2009) s. 61

Først og fremst vil manglende grenser normalt medføre at også annet selskap enn formell arbeidsgiver utøver arbeidsgiverfunksjoner. Sammenblanding av virksomheter på selvstendig grunnlag kan tale for delt arbeidsgiveransvar på bakgrunn av at grensene mellom selskapene kun er formelle. Den reelle selskapsstrukturen ligner her helt en storbedrift med underavdelinger.

4.3.5.1.1 LB-2008-80778

I denne avgjørelsen for Borgarting Lagmannsrett ble det foretatt en gjennomskjæring slik at to selskaper måtte anses å ha arbeidsgiveransvar. Det var grunn til identifikasjon mellom arbeidsgiver og et annet selskap, som hadde stått bak beslutningen om utsettelse av arbeidstakers oppgaver slik at han ble oppsagt.

Mindretallet, bestående av en arbeidslivskyndig, la den formelle handlingsrekken til grunn: *«Det som skjedde var at Y trakk tilbake avtalen om at X(formell arbeidsgiver) skulle utføre reklamasjonsoppdrag. Y inngikk deretter avtale med G om at disse oppdragene skulle utføres av ham. G utførte allerede reklamasjonsoppdrag for Y på produkter som ble solgt av Æ.»*

Flertallet foretok en gjennomskjæring av denne formelle konstruksjonen på bakgrunn av felles eierinteresser og sammenblanding av virksomhetene:

«Flertallet finner således at dette viser at utgifter kanaliseres slik det er hensiktsmessig, også mest kostnadsbesparende, noe som indikerer tette bånd mellom selskapene»

Og videre:

«Æ driver sin virksomhet på samme adresse som X. Flertallet viser til at det også er en faktisk sammenblanding av virksomhetene. G har tilgang til Xs lager, ikke bare til Xs deler, men også for varer Æ har bruk for, og han benytter seg av Xs bil og verktøy. D har figurert i reklamemateriell for Æ, som opererer både med sin

*norske adresse og med Æ AS by Y Sp.zo.o i Polen. Bs foreldre har leid ut stabbur
ret på *** Gård til G, hvor han bor gratis sammen med sin ektefelle, som for øvrig
har bistått X ved enkelte anledninger.»*

4.3.5.1.2 RG 2004 s. 255

Sakens bakgrunn var at to ansatte i et heleid datterselskap av Adresseavisa ble oppsagt på grunn av oppdragsmangel i Telefonsalgtjenesten. De anførte at det forelå delt arbeidsgiveransvar for Adresseavisa og Telefontjenesten, slik at det ikke kunne gis saklig oppsigelse dersom det var annet passende arbeid i morselskapet Adresseavisa, jf. Aml.§ 15-7(2).

Flertallet innleder med en fremstilling av rettsstillingen. Det presiseres at det ikke gjelder noe utvidet arbeidsgiverbegrep i konsernforhold, og at arbeidsgiver i utgangspunktet dermed avgrenses til eier av virksomheten arbeidstaker er tilsatt i. Videre at arbeidsgiverbegrepet må tåle tilpasning til virkeligheten når det formelle strider med det reelle, og at hvem som utøver styringsretten, og om det utføres sammenfallende oppgaver, er særlig viktig i dette henseende.

Utfallet blir at morselskap og datterselskap har delt arbeidsgiveransvar. Dette skyldes at morselskap har utøvd arbeidsgiverfunksjoner, og at «*Adresseavisen og Telefontjenesten blandet sine roller og greide ikke å holde på skillelinjene.*» Arbeidstakerne går for eksempel over til å arbeide direkte for Adresseavisa, under Adresseavisas ledelse og kontroll, uten at det samtidig inngås avtale om utleie/innleie av arbeidskraft.

Et symptom på sammenblanding av virksomhetene vil være at annen enn formell arbeidsgiver utøver arbeidsgiverfunksjoner overfor arbeidstaker. Disse to grunnlagene for delt/felles arbeidsgiveransvar vil derfor være samvirkende.

4.3.5.2 Omgåelse

Det kan tenkes at omgåelse vil være et selvstendig grunnlag for gjennomskjæring eller delt/felles arbeidsgiveransvar. Hensikt i strid med lovgivningen er relevant tolkningsmo-

ment, jf. Fotnotat Ragnar Knophs «*Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett*» 1921.

Ettersom arbeidsmiljøloven er ment å gi arbeidstaker vern, må man se hen til at bestemmelsene ikke skal kunne omgås, og at de tilfellene som naturlig faller inn under loven bør være vernet etter lovens regler. Dette illustreres for eksempel i Rt 2013 s.354 vedrørende hvordan arbeidstakerbegrepet skal forstås: «*Det er lovgivers intensjon at de som har behov for vernet i arbeidsmiljøloven, ferieloven mv., blir vernet. Arbeidstakerbegrepet skal derfor gis en vid tolkning*»

Det samme må gjøres gjeldende for arbeidsgiverbegrepets del, men her er vurderingen mer sammensatt, ettersom flere hensyn gjør seg gjeldende. For det første kan det forekomme tilfeller hvor arbeidstaker ikke er tjent med et vidt arbeidsgiverbegrep.⁴⁵ Videre er det ansett som en fordel for både arbeidsgiver og arbeidstaker at det i de fleste tilfeller er klart hvem som er arbeidsgiver i forholdet mellom partene. Klare regler kan gå på bekostning av rimelighet i enkelttilfeller. Klare regler vil også være prosessbesparende.

4.3.5.2.1 RG 2004 s. 255

I RG 2004 s. 255 som nevnes over, trekkes formålet med konsernorganiseringen inn, men retten fant ikke holdepunkter for at formålet med organiseringen som datterselskap fremfor en underavdeling var omgåelse av stillingsvernet:

«Etableringen bygde på et forretningsmessig konsept og hadde et tilforlatelig formål»

Og videre:

«Det er også et akseptabelt formål at datterselskap etableres for å dekke morselskapets behov og for å gi synergier og generere inntekter. Utgangspunktet er at dette er lovlig, og det er intet "suspekt" å se ved etableringen og organiseringen av selskapet.»

⁴⁵ jf. f.eks. Rt 1989 s. 231

4.3.5.2.2 LB-2008-80778

I LB-2008-80778 er flertallet innom en omgåelsesvurdering, men finner det i alle fall godt gjort at selskapene på grunn av sammenblanding, interessefellesskap og familiære forbindelser må bære arbeidsgiveransvaret sammen:

«Etter flertallets syn må arbeidsgiverbegrepet fortolkes konkret, i den forstand at de reelle forhold er avgjørende, bl.a. for å hindre omgåelser. Selv om det ikke er tvilsomt at X formelt og også reelt sett for de fleste funksjoner var As arbeidsgiver, må det som anført av A i denne saken drøftes hvem som reelt sett styrer Y og X, eventuelt også Æ.»

Og videre:

«under enhver omstendighet er sannsynliggjort at det foreligger så nær tilknytning mellom X og Y at arbeidsgiverbegrepet i § 15-7 tredje ledd må gis anvendelse ut over sin ordlyd.»

Omgåelseshensyn har særlig gjort seg gjeldende i saker om virksomhetsoverdragelse. Der som de formelle forhold legges ubegrunnet til grunn vil konsernselskaper lett kunne omgå arbeidstakers rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Rettspraksis gjennomgås nedenunder.

4.3.5.3 Aksjemajoritet

Rt 1993 s. 345 – Matherson- Selig European- dommen taler for at aksjemajoritet kan trekke i retning av ansvar for morselskap. Saken gjelder kravet på «*annen passende stilling*» i nåværende § 15-7(2). Saken er gjennomgått ovenfor i punkt 4.2.1

I motsatt retning går RG 2004 s. 255, der eierforholdet ikke ble trukket inn i vurderingen. Retten så på utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner og sammenblanding av selskapene. Det ble ikke trukket inne at datterselskapet var heleid av morselskapet. Også i øvrige dommer er

liten interesse rettet mot aksjeandeler. Aksjemajoritet vil ikke alene være grunnlag for gjennomskjæring.

4.3.5.4 «Bestemmende innflytelse»

En regel om at delt arbeidsgiveransvar måtte foreligge der annet selskap utøvet bestemmende innflytelse over primærarbeidsgiverens virksomhet, ble foreslått innført av konsern-utvalget i forslaget til ny legaldefinisjon av arbeidsgiverbegrepet. Dette ble avvist. At lovforslaget ble avvist må tas til inntekt for at lovgiver ikke mente at det var en god regel, og man skal derfor være forsiktig med å trekke dette særskilte grunnlaget for langt.

4.3.5.4.1 Rt 1997 s.623

Mindretallet i Rt 1997 s.623 trekker frem at *«Senteret ble styrt gjennom representanter valgt av kommunene, og det var kommunene som stilte midler til disposisjon for virksomheten. Som lagmannsretten har påpekt, hadde kommunene en sterk overordnet styring med virksomheten.»*

Seks kommuner hadde etablert et Pedagogisk- Psykologisk Distriktssenter i fylket. Samtlige kommuner var representert i styret. Styret besluttet så å legge ned senteret og sa følgelig opp de ansatte ved senteret. Disse hevdet oppsigelsene ugyldig på bakgrunn av at det var kommunene som var arbeidsgiver og at de dermed hadde krav på «annet passende arbeid» i kommunen, jf. Aml.§15-7(2).

Hovedspørsmålet i saken var om PPD- senteret var et eget rettssubjekt. Når svaret på dette var positivt ble slutningen at arbeidsgiver var PPD-senteret, ettersom dette hadde utført alle arbeidsgiverfunksjoner, og at styringsretten både formelt og reelt hadde tilligget PPD-senteret. Det ble ikke lagt vekt på at styret utelukkende besto av samarbeidskommunene, som sammen foretok alle beslutninger vedrørende driften av PPD-senteret.

Dommen trekker klart i retning av at det i dag ikke finnes noen grunn for utvidet arbeidsgiveransvar kun på bakgrunn av at et annet selskap utøver bestemmende innflytelse overfor et annet. Så lenge styringen skjer indirekte og ikke ved en direkte innblanding i driften må dette legges til grunn.

En viss grense for overordnet selskaps innflytelse må gjelde, men det kreves altså noe mer enn den innflytelsen som normalt skjer på datterselskap fra morselskap.

4.3.5.4.2 ARD-1980-79

I ARD 1980 s.79 hadde kommuner i Sør-Gudbrandsdal opprettet et felles skolepsykologisk kontor med eget styre. Retten finner at det er kommunene som er den reelle arbeidsgiver, bl.a. på grunn av «*ansvar for bevilgning av tilstrekkelige midler til lønninger mv.*». Begrunnelsen er kort, og det fremstår som uklart hva som har vært avgjørende faktor i dommerens vurdering. Det må antas ut i fra betegnelsen «*reell arbeidsgiver*», at det menes at styret ikke hadde noen selvstendig myndighet, men at det i realiteten var kommunene som til sammen overstyrte driften og finansieringen av senteret. Det er vanskelig å se hvordan dette skiller seg fra PPD-dommen, annet enn at det i PPD-dommen var vektlagt at PPD-styret hadde selvstendig budsjettansvar.

Vesensforskjellen mellom sakene ligger i rimelighetsbetraktninger. Begge sakene dreier seg om oppsigelsesvernet. PPD- dommen om plikten til å tilby annet passende arbeid, og arbeidsrettsdommen om adgangen til å gå til endringsoppsigelse. De faktiske forholdene var derimot ganske ulike. I arbeidsrettsdommen var saksforholdene, etter oppløsning av samarbeidet, at alle kommunene fremdeles skulle fortsette med skolepsykologiske kontor, men nå innenfor den enkelte kommune, eller i nye og mindre samarbeid. De ansatte fortsatte dermed reelt sett i den samme stillingen, men på dårligere vilkår (endringsoppsigelse). Det fremstår som urimelig at arbeidstaker skal få dårligere vilkår på bakgrunn av en omorganisering, når behovet for arbeidstakers innsats er helt likt etter omorganiseringen. I PPD-dommen ble derimot senteret nedlagt uten at det skulle opprettes tilsvarende organer i de enkelte kommuner. Effektene av at de enkelte kommuner i dette tilfellet hadde blitt pålagt

arbeidsgiveransvar hadde blitt at de måtte tilby annen passende ansettelse vurdert innenfor hele kommunenes område i fellesskap. Ansvar et overfor de ansatte ville være pålagt alle kommunene. Det fører i så fall til en omfattende omplasseringsplikt, og praktiske vanskeligheter vedrørende hvem arbeidstaker skal kreve omplassering hos, og om det er kommunene som avgjør dette seg imellom.

I dag er urimeligheten i arbeidsrettsdommen avhjulpet av reglene om virksomhetsoverdragelse. Det vil således ikke være behov for gjennomskjæring i tilsvarende tilfeller.

4.3.5.4.3 LB-2008-80778

I dommen legges det til grunn at selskapene har så sammenblandede eierinteresser (familiære forhold) at selskapene ut i fra identifikasjon må dele arbeidsgiveransvaret, i alle fall i forhold til den aktuelle bestemmelsen i den konkrete saken. Ut i fra disse felles eierinteressene ble det også lagt til grunn at selskap Y (som hadde foretatt beslutning om utsettelse av arbeid) hadde slik kontroll over selskap X (arbeidstakers formelle arbeidsgiver) at det måtte foretas en gjennomskjæring:

«Flertallet legger følgelig til grunn at familien B/C/Ds samlede interesser i selskapene innebærer at i alle fall Y har slik kontroll over X at selskapene må identifiseres med hensyn til beslutningen om at As arbeidsoppgaver ble satt ut til G.»

4.4 Konklusjon

Utvidet arbeidsgiveransvar i samvirkende foretak på generelt grunnlag er avvist av lovgiver. Det er allikevel klart at det i enkelte tilfeller vil være grunn til å foreta en gjennomskjæring for hvem som reelt er arbeidsgiver, eller for at flere selskap sammen har plikter som arbeidsgiver.

Det er avhengig av om «særskilte forhold» gjør seg gjeldende. Begrepet er gitt i forarbeidene til ny lov, og det har gjennomgående blitt vist til uttrykket i domspraksis siden.

Ofte vil flere forhold til sammen kunne tale for at arbeidsgiveransvaret plasseres et annet sted enn arbeidsgiver har forutsatt. Spørsmålet må vurderes konkret i den enkelte sak hvor bestemmelsens formål vil være særlig viktig.

Dersom man sammenligner senere underrettsavgjørelser med avgjørelser avsagt under før forarbeidene til ny lov kan det synes som at praksis har innskrenket arbeidsgiveransvaret noe. Den klare hovedregelen synes å være at arbeidsgiveransvaret legges der det er avtalt, og det skal noe særskilt til.

Det kan spørres om det i praksis har blitt lagt mer vekt på at det skal «særskilte forhold» til, enn det i forarbeidene er lagt opp til. Som nevnt over mente lovgiver å kodifisere prinsippet som allerede hadde utviklet seg i praksis, ikke gi nye føringer for hvor arbeidsgiveransvarets grenser går.

Det har ikke vært noen høyesterettsdommer siden den nye loven ble innført, så spørsmålet om arbeidsgiverbegrepet før og etter innføring av arbeidsmiljøloven 2005 er lik eller ulik står fremdeles åpen.

5 Innleie

5.1 Definisjon

Innleie er ikke definert i arbeidsmiljøloven, men det følger av arbeidsmarkedsloven § 25 at: *«Med utleie av arbeidstakere menes leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver (utleier) til en oppdragsgiver (innleier) der de innleide er underlagt oppdragsgivers ledelse.»*.

Det er tillatt å leie ut arbeidstaker, men adgangen til innleie er begrenset i arbeidsmiljølovens regler i §§14-12 og 14-13. Innleie forutsetter et ansettelsesforhold hos utleiebedriften.

5.2 Kort om adgangen til innleie

5.2.1 Fra vikarbyrå

§14-12 regulerer adgangen til innleie fra *«virksomhet som har til formål å drive utleie»*.

Rettsfølgen av ulovlig innleie etter § 14-12 er at innleid arbeidstaker kan kreve fast ansettelse hos innleier, jf. § 14-14. § 14-12 viser til § 14-9 som angir at hovedregelen er fast, direkte ansettelse. Vilåårene i § 14-9 skal motvirke at arbeidsgiver begrenser arbeidskraften til en kjernestab, for så å benytte alternative tilknytningsforhold utover dette. Varig behov skal dekkes via faste ansettelser.⁴⁶

Dersom innleieforholdet overstiger 4 år har innleid arbeidstaker automatisk krav på ansettelse i innleiebedrift, uten å måtte godtgjøre at vilåårene i § 14-9 er oppfylt, jf. § 14-9(5) annet og tredje punktum.

⁴⁶ jf. Rt 1989 side 1116 og Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 165

5.2.2 Fra produksjonsbedrift

Innleie fra produksjonsbedrift er regulert i egen bestemmelse i § 14-13. Fra produksjonsbedrift er adgangen til innleie videre, ettersom arbeidstaker er sikret godt nok vern ved å kunne forholde seg til utleier som arbeidsgiver. Grensen mellom innleie fra produksjonsbedrift og innleie fra vikarbyrå ligger, i uttrykket i vurderingen av om utleiers «formål» er utleie av arbeidskraft.⁴⁷

5.3 Innleier sitt ansvar for arbeidstaker.

Utgangspunktet er at vikarbyrået er arbeidsgiver. Innleier vil ha noen ansvarsområder ettersom utleier vil ha lite kontroll. Dette betyr ikke at innleier anses som arbeidsgiver, men at arbeidsgiveransvaret i enkelte henseende må anses påtatt som en del av innleieforholdet. Dette kan ses som et uttrykk for arbeidsgiverbegrepets relativitet.⁴⁸ Et slikt utgangspunkt vil være uheldig i den grad det leder tankene over på at innleier må anses som arbeidsgiver også i forhold til kontraktsforpliktelsene. Man kan i stedet anse arbeidsgiveroppgavene som påtatt som en del av utleie/innleieforholdet. Etter dette kan det skilles mellom arbeidsgiverfunksjoner og arbeidsgiveransvar. Noen arbeidsgiverfunksjoner vil innleier ha som en følge av innleieforholdet. Dette vil ikke være det samme som at arbeidsgiveransvaret i relasjonen mellom partene ligger hos innleier.

Det følger av egen bestemmelse i aml.§2-2 at arbeidsgiver har HMS-ansvar overfor alle som utfører arbeid i tilknytning til arbeidsgivers virksomhet, spesifikt også innleide arbeidstakere.

Fra og med juli 2013, vil det følge av aml.§14-12c at innleier er solidarisk ansvarlig for innleid arbeidstakers lønnskrav, og hefter på samme måte som en selvskyldnerkausjonist.

⁴⁷ Vedrørende grensedragningen mellom innleie fra produksjonsbedrift i §14-13 og vikarbyrå i §14-12 vises det til Ot.prp. nr. 70 (1998-99) s. 50.

⁴⁸ Jf. Jakhelln (2000) s. 1250.

Dette er arbeidsgiverfunksjoner som legges til innleier med bakgrunn i lovbestemmelse.

Et relevant spørsmål, er om det kan tenkes tilfeller hvor det må foretas en gjennomskjæring av innleiekonstruksjonen på bakgrunn av arbeidsgiverbegrepet, slik at innleier pålegges fullt arbeidsgiveransvar.

5.4 Gjennomskjæring: Er innleier reell arbeidsgiver?

5.4.1 Arbeidsgivervurderingen

Loven legger opp til at arbeidstaker som leies ut er ansatt hos utleier, og bare tiltrer midlertidig hos oppdragsgiver. Utgangspunktet er derfor klart. Arbeidsgiveransvaret påligger utleiefirmaet. Det kan i ikke utelukkes at arbeidsgiveransvaret etter en konkret vurdering må plasseres hos innleier og ikke utleier.

Spørsmålet vil ha begrenset betydning ved siden av adgangen til innleie etter § 14-12, ettersom vilkårene i § 14-9 fanger opp de fleste omgåelsesmuligheter, og gir arbeidstaker krav på fast stilling. Spørsmålet er allikevel relevant ettersom omgåelse kan tenkes ved innleie fra produksjonsbedrift etter § 14-13. Her er adgangen til innleie videre, og rettsfølgene av ulovlig innleie gir ikke arbeidstaker krav på ansettelse i innleiebedriften.

5.4.2 Rettstilstanden før lovendring

Før lovendring i 2000 var utgangspunktet totalforbud mot arbeidsutleie.⁴⁹ Generelt unntak fra forbudet var gitt for firma som stiller arbeidstakere til disposisjon for oppdragsgivere

⁴⁹ Sysselsettingsloven L27.06.1947 før endring i L04.02.2000 nr. 10 § 27

innen «kontorsektoren».^{50 51} Under dette regelverket kom det et par dommer som viser at gjennomskjæring kan være aktuelt i innleieforhold.

5.4.2.1 Rt. 1999 s.509

I Rt 1999 s. 509 reiste arbeidstaker sak om usaklig avskjed både mot firmaet han var ansatt i og firmaet han var utleid til. Spørsmålet for kjæremålsutvalget var om saken hadde verne-ting i Norge. Avgjørende var om arbeidstaker kunne anses som ansatt hos innleier. Høyesteretts Kjæremålsutvalg la avgjørende vekt på at det var inngått en skriftlig arbeidsavtale mellom utleiefirmaet og arbeidstakeren. Det var ikke inngått noen slik avtale, hverken muntlig eller skriftlig, med brukerfirmaet. Det måtte da «foreligge helt spesielle forhold» om brukerfirmaet likevel skulle anses som arbeidsgiver. Dette innebærer at det i alle fall etter tidligere rettstilstand kunne tenkes en gjennomskjæring i innleie-/utleieforhold.

5.4.2.2 LF-1999-261

Saken gjaldt krav om rett til å stå i stilling, dom for fast ansettelse, avlønning i henhold til tariffavtale og erstatning for tapt lønnsinntekt. Vedkommende innleid arbeidstaker var leid inn ved såkalt direkte bestilling. Bedriften kontaktet selv vedkommende og innkalte til intervju. Vedkommende ble så videreformidlet til vikarbyrå, som formelt ansatte henne og leide ut til bedriften.

Det legges til grunn at det ved omgåelse kan foretas gjennomskjæring:

«Lagmannsretten har vurdert om den direkte innleien av Line Nørstrud og den senere bruk av hennes tjenester i vel 35 måneder, det siste året i direkte strid med utleieforskriften, samlet må anses som en illojal omgåelse av arbeidsgiveransvaret

⁵⁰ Kontorsektoren: «kontor-, regnskap-, sekretær-, butikk-, demonstrasjons-, og kantinearbeid»

teknisk tegning eller til lagerarbeid i tilknytning til varehandelen.", jf. Forskrift om unntak fra forbudet mot utleie av arbeidskraft § 1(2), jf. L27.06.1947 nr. 9 § 27

⁵¹ NOU 1998: 15 s. 59

etter arbeidsmiljøloven. Lagmannsretten bemerker at det må være adgang til gjennomskjæring dersom man står overfor konstruksjoner hvor en arbeidsgiver tar sikte på å fri seg fra dette ansvaret»

Retten slutter at direkte bestilling ikke alene er grunnlag for gjennomskjæring:

«Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at det skulle røkke ved gyldigheten av arbeidsavtalen mellom byrået og arbeidstakeren og derav følgende trepartsforhold, om det unntaksvis er slik at oppdragsgiveren lanserer kandidaten»

I svensk rett synes tilsvarende ikke å være tillatt.⁵² Spørsmålet om slik direkte ansettelse er en illojal omgåelse av stillingsvernet, er enda ikke klart avgjort. Lagmannsrettsdom har begrenset rettskildemessig verdi, og saken ble forlikt før den ble ført for høyesterett. Tilsvarende problemstilling vil være mindre aktuell i dag, ettersom arbeidstaker sannsynligvis heller vil argumentere for ulovlig innleie etter § 14-9.

Dersom slik direkte bestilling utgjør ulovlig omgåelse av arbeidsgiveransvaret kan det tenkes å være tilfeller hvor vilkårene i § 14-9 er oppfylt, hvor innleier allikevel blir som arbeidsgiver å regne. Dette må i så fall følge av en konkret vurdering av hvem som reelt er arbeidsgiver. Dersom vikarbyrået, etter den direkte bestillingen, kun står for utbetaling av lønn og formelt står som arbeidsgiver, og resterende arbeidsgiverfunksjoner tilfaller innleier, vil en funksjonell vurdering kunne gi gjennomskjæring.

5.4.3 Try and hire

Lovligheten av kontrakter om «try and hire» er ikke prøvd for retten. Det kan tenkes at rettsfølgene av slik avtale, etter en konkret vurdering, medfører at arbeidsgiveransvaret plasseres hos innleier. Spørsmålet om try and hire er ikke vurdert av domstolene, og rettsstanden er usikker. NHO har frarådet sine medlemmer å benytte seg av termen.⁵³

⁵² Jf. Carlsson, Marie og Maria Wennerstrand (2011) s. 42.

⁵³ <http://www.dagensit.no/article1642487.ece>

En avtale om try and hire må vurderes opp mot bestemmelsen om prøvetid. Behovet for å teste ut en nyansatt før man tilbyr fullt stillingsvern, er ivaretatt ved at tilsatte på prøvings-tid er gitt kortere oppsigelsesfrist⁵⁴, svakere oppsigelsesvern⁵⁵, og ikke har samme rett til å kreve å stå i stillingen som ordinære ansatte⁵⁶. Prøveansettelse kan kun avtales for 6 måneder⁵⁷. En avtale om prøvetid over 6 måneder må settes til side, og arbeidstaker vil etter 6 måneder ha oppnådd fullt stillingsvern etter lovens regler. En ordning hvor arbeidsgiver i realiteten gis mulighet til lengre prøvetid, eller prøvetid med dårligere oppsigelsesvern vil måtte settes til side. Spørsmålet er dermed om en avtale om try and hire utgjør en slik om-gåelse.

I det faktiske liv er det en kjensgjerning at innleide fra byråer gjerne får mulighet til for-lenget ansettelse etter endt oppdrag. Det opprettes gjennom innleieforholdet en mulighet for arbeidsgiver og arbeidstaker å teste ut hvordan et ansettelsesforhold fungerer, uten at dette er formålet med innleien i utgangspunktet. Dette anses som en fordel for arbeidstaker, som vil få muligheten til fast ansettelse senere. Midlertidige ansettelser, for eksempel via innleie, er en vei inn i arbeidslivet for mange nyutdannede. Lovgiver har ansett denne føl-gen av løsere tilknytningsforhold som et gode og sikret den ved lovbestemmelsen i ar-beidsmarkedsloven § 27(1):

«Virksomhet som har leiet ut en arbeidstaker, kan ikke begrense arbeidstakerens mulighet til å ta arbeid hos innleier etter at ansettelsesforholdet hos utleier er av-sluttet.»

Dersom en avtale om Try and Hire brukes som beskrivelse av denne allerede anerkjente inngangen til fast ansettelse er det sikker rett at dette er en fordel for begge parter, og skal ikke settes til side med mindre den strider med vilkårene i § 14-9.

⁵⁴ §15-7(3)

⁵⁵ §15-6(1) og (2)

⁵⁶ §15-11(3)

⁵⁷ §15-6(3).

Try and hire regnes etter dette mest sannsynlig ikke som arbeidsformidling, ettersom det kun konstaterer en latent egenskap i utleieforholdet.⁵⁸

5.4.4 Arbeidsformidling

Det finnes svensk rettspraksis som viser at grensen for arbeidsformidling/arbeidsutleie kan få betydning for arbeidstaker. Dette vil innebære at dersom arbeidsgiver påstår at en avtale med byrå dreier seg om innleie, mens avtalen i realiteten dreier seg om arbeidsformidling, vil dette måtte gis betydning for de ansatte slik at de anses (midlertidig) ansatt hos oppdragsgiver.⁵⁹

Arbeidsmarkedsloven § 25, som er en informasjonsbestemmelse definerer arbeidsformidling og utleie:

«Med privat arbeidsformidling menes all aktiv kobling mellom arbeidssøker og arbeidsgiver som utføres av andre enn Arbeids- og velferdsetaten i den hensikt å etablere et arbeidsgiver/arbeidstakerforhold.

Med utleie av arbeidstakere menes leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver (utleier) til en oppdragsgiver (innleier) der de innleide er underlagt oppdragsgivers ledelse.»

I AD 2006 nr. 24 var saksforholdet at en håndverksvirksomhet hadde et økt behov for arbeidskraft i 2003 og 2004. De kontaktet i den forbindelse Arbeidspolen. Det gjaldt en tariffavtale på arbeidsplassen, og fagforeningen anførte at tariffavtalen var brutt da den ikke var gjort gjeldende for de nye arbeidstakerne. Håndverksvirksomheten påberopte seg at ar-

⁵⁸ Jakhelln (1988) s. 251

⁵⁹ Glavå (2011) s. 119

beidstakerne var innleid og ansatt hos Arbetspolen, og at tariffavtalen dermed ikke gjaldt disse.

Avtalen som ble inngått med Arbetspolen var kalt «hyresavtal». Arbeidsretten går inn i en tolkning av avtalen mellom arbetspolen og håndverksvirksomheten. De legger avgjørende vekt på at det er Arbetspolen som bærer det økonomiske ansvaret overfor arbeidstakerne, og at avtalen dermed må tolkes som en avtale om innleie av arbeidskraft.

Arbeidsretten tar så for seg fagforeningens nærmest underforståtte anførsel om at valget av innleie fremfor fast ansettelse representerer en omgåelse av tariffavtalen. Arbeidsrettsdomstolen mener det vil gi lite mening å regulere lønn og andre ansettelsesvilkår i kollektive avtaler, dersom det er fritt frem å leie inn arbeidskraft til arbeid som normalt utføres av arbeidstakere som omfattes av tariffavtalebestemmelsene. Det ble ikke ansett godtgjort at det var omgåelse som var håndverksvirksomhetens formål med å velge innleie fremfor ansettelse. At domstolen har realitetsbehandlet dette, tyder på at ordninger med innleie som bærer preg av omgåelse kan måtte settes til side, i alle fall etter svensk rett. Tilsvarende hensyn kan tenkes å gjøre seg gjeldende i norsk rett, men normalt vil omgåelse fanges opp av § 14-9.

5.4.5 Forholdet til § 14-9

Dersom det foreligger innleie fra vikarbyrå vil det normalt være tilstrekkelig å vurdere om innleieforholdet er ulovlig etter vilkårene i § 14-9.

For beregning av ansiennitet vil det ikke ha noen betydning om arbeidstaker anses som ulovlig innleid, eller om arbeidsgiverforholdets realitet vurderes dit at innleie ikke er det reelle forholdet mellom partene:

«En ansettelse i strid med bestemmelsene i § 58A gir normalt arbeidstakeren rett til å kreve at ansettelsesforholdet er fast»⁶⁰⁶¹

Arbeidstaker opparbeider dermed ansiennitet fra og med forholdet ble ulovlig.

For retten til å stå i stillingen vil arbeidstakers pretensjon om at innleier er den reelle arbeidsgiver kunne ha betydning. Ved tvist om ulovlig midlertidig ansettelse etter § 14-9, vil ikke arbeidstaker ha krav på å stå i stillingen.⁶² Dersom tvisten gjelder påstand om at innleier etter de reelle forholdene ikke er som «innleid arbeidstaker» å regne, vil man derimot kunne ha krav på å stå i stillingen mens saken verserer. Domstolen må, i så fall, realitetsbehandle påstanden under behandlingen av rett til å stå i stilling. Det finnes ikke rettspraksis for at arbeidstaker som formelt er innleid har krevd å stå i stillingen etter slik påstand. Rettsstillingen er derfor ikke avklart.

5.4.6 Forholdet til § 14-13

De fleste omgåelsestilfeller ved bruk av innleie fra vikarbyrå vil fanges opp av § 14-12 og gi krav på fast ansettelse etter den særskilte regelen i § 14-14.

For innleie fra produksjonsbedrift vil omgåelse derimot ikke gi krav på fast ansettelse etter § 14-14. Her vil derfor den selvstendige betydningen av gjennomskjæring eller delt/felles arbeidsgiveransvar være større. Man må vurdere om forholdet til utleiebedriften, som er en produksjonsbedrift, representerer realiteten eller en ren formell konstruksjon.

En nylig avsagt dom fra Gulating lagmannsrett legger til grunn en utvidet tolkning av formålsbestemmelsen i § 14-13.⁶³ lagmannsretten finner støtte i forarbeidene for at vurde-

⁶⁰ jf. Rt 2005 s.826

⁶¹ min utheving

⁶² §15-11(3)

⁶³ LG-2012-25739

ringen av formålet med utleien, etter en helhetsvurdering, kan knyttes til den enkelte ansatte. Dette spesifikke utleieforholdet falt dermed utenfor aml. § 14-13:

«Lagmannsretten er enig med tingsretten i at formålet med ansettelsen av A har vært utleie og at denne utleien har vart fra han ble ansatt i 2006. I forhold til A dreier det seg ikke om sporadisk utleie eller utleie som er et resultat av overskudd på arbeidskraft, men forretningsmessig utleie over tid knyttet til denne konkrete personen og hans arbeidsoppgaver. Ut fra en helhetsvurdering er det lagmannsrettens oppfatning at utleien ikke faller inn under bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-13»

Saken er anket inn for høyesterett. Dersom høyesterett legger til grunn at formålet med hvert enkelt utleieforhold skal vurderes, vil spørsmålet om gjennomskjæring for de reelle forholdene få liten betydning. Arbeidstaker er da normalt sikret ved at omgåelse fanges opp av reglene om utleie i § 14-12, jf. § 14-9.

5.5 Konsulent

Konsulent er ikke definert i loven, men brukes normalt om høyere kvalifisert fagkyndig, som tilbyr sin tjeneste til en bedrift i et kortere tidsrom.

En konsulent vil enten være selvstendig oppdragstaker eller innleid arbeidstaker. En selvstendig konsulent kan formidles via et konsulentbyrå, og vil da være selvstendig både i forhold til konsulentfirmaet og oppdragsgiver, eller kan drive enkeltmannsforetak, og tilby sine tjenester direkte ovenfor oppdragsgiver. Innleid konsulent er for innleid arbeidskraft etter §§ 14-12 og 14-13 å regne. Spørsmål knyttet til selvstendige oppdragstakere faller utenfor oppgaven, ettersom dette dreier seg om et bilateralt forhold til oppdragsgiver.

5.6 Oppsummering

Rettspraksis under tidligere rettstilstand la til grunn at det formelle avtaleforholdet ikke alltid er avgjørende, og at arbeidsgiver kan være en annen. Det må etter Rt. 1999 s. 509 foreligge helt spesielle forhold. For innleid fra vikarbyrå fanger reglene i §§14-14, 14-12 og 14-9 opp mulige omgåelsestilfeller. Ved innleie fra produksjonsbedrift er adgangen videre, og rettsfølgen er ikke krav på fast ansettelse. Her kan det tenkes at man oftere må undersøke hva som er det reelle forholdet mellom partene. Dersom en vid forståelse legges til grunn for om en bedrift kan sies å ha utleie som formål eller ikke, vil dette gi tilsvarende mindre behov for gjennomskjæring på ulovfestet grunnlag.

6 Virksomhetsoverdragelse

Dersom en selvstendig økonomisk enhet overdras fra en arbeidsgiver til en annen er arbeidstaker gitt vern i reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven kap. 16. Arbeidstakers rettigheter og plikter etter arbeidsavtalen overføres fra overdragende til overtakende selskap. Noe rettslig trepartsforhold oppstår da i utgangspunktet ikke.⁶⁴ Det bilaterale forhold overdras til ny part. Etter dommen i Rt 2000 s. 2058 kan det allikevel tenkes at det oppstår delt arbeidsgiveransvar mellom overdragende og overtakende selskap. Videre fører virksomhetsoverdragelser til at uklare partsforhold kommer for retten.

6.1 Delt arbeidsgiveransvar for overdragende og overtakende selskap?

6.1.1 Rt 2000 s.2058.

Saken dreide seg om arbeidstakere som først var ansatt i kommunen, men som ble overdratt til Miljøtransport AS ved at kommunen omdannet driften til et AS. Den primære anførselen var at arbeidstakerne hadde valgrett og hadde utøvd denne rettidig, sekundært at kommunen måtte anses som arbeidsgiver alene eller ved siden av aksjeselskapet, på tross av virksomhetsoverdragelsen.

Arbeidsgiver har full frihet til å overdra virksomheten, men har en plikt til å gjøre det klart overfor arbeidstaker at han har ny arbeidsgiver for at dette skal få rettsvirkninger for arbeidstaker:

«Jeg er enig med ankemotpartene i at den som overdrar sine forpliktelser som arbeidsgiver, ikke uten videre kan bli fri disse forpliktelsene før det er blitt gjort

⁶⁴ med unntak av solidaransvarsregelen, og i de tilfellene arbeidstaker har en valgrett

klart for arbeidstakerne at en overdragelse av arbeidsforholdene har funnet sted.»⁶⁵

Det samme gjelder altså ved virksomhetsoverdragelse som ved konsernforhold. Ansvar kan oppstå på grunn av kontraktsmessige uklarheter. Retten fant at Oslo kommune gjorde det *«tilstrekkelig klart at Miljøtransport AS fra selskapsstiftelsen av skulle være arbeidsgiver for ankemotparten i kommunens sted»*

6.2 Tilhørighet – gjennomskjæring i konsernforhold

Virksomhetsoverdragelse kan utløse et spørsmål om hvem som er arbeidstakers reelle arbeidsgiver. Dette dreier seg ikke om forholdet mellom arbeidstaker, overdragende- og overtakende selskap, men om forholdet mellom arbeidstaker, overdragende- og arbeidstakers formelle arbeidsgiver. Spørsmålet oppstår både i konsernforhold, ved innleie/utleie og andre konstellasjoner hvor arbeidstaker leverer arbeidsytelsen utenfor formell arbeidstakers virksomhet.

Ved virksomhetsoverdragelse får arbeidstakere med tilhørighet i den aktuelle økonomiske enheten som overdras, overført sine rettigheter og plikter til ny arbeidsgiver, og kan ikke sies opp på grunn av virksomhetsoverdragelsen.⁶⁶ Den økonomiske enheten som overdras, kan gå på tvers av virksomhetsgrenser i konsernforhold. Spørsmålet om gjennomskjæring kommer dermed først opp der virksomhetsoverdragelsen knytter seg til en virksomhet eller del av et bestemt selskap i konsernet.⁶⁷ Spørsmålet er om arbeidstaker, som har sin arbeidsavtale hos en annen arbeidsgiver enn overdragende, har rettigheter etter reglene om virksomhetsoverdragelse.

⁶⁵ Rt 2000 s.2058.

⁶⁶ Aml.§16-4(1)

⁶⁷ Martin Jetlund, s. 337

Dette blir aktuelt når en som er ansatt i et annet selskap utfører arbeidet i den virksomheten som skal overdras. Dersom det formelle forholdet ubetinget legges til grunn vil ikke arbeidstaker være vernet etter reglene om virksomhetsoverdragelse fordi aml. § 16-2 (1) overfører «*tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold*» til ny arbeidsgiver. Dette innebærer at det kun er der arbeidstaker kan utlede noen rettigheter hos overdragende selskap som «*arbeidsgiver*» at disse overføres. En rent formell tilnærming åpner for omgåelser. Konsernet kan da organiseres slik at arbeidskraften ansettes i en virksomhet innenfor konsernet, og så settes ut der det er behov.⁶⁸

6.2.1 Praksis

6.2.1.1 Michael Peters, 1995⁶⁹

I denne engelske saken om virksomhetsoverdragelse i konsernforhold ble fire datterselskap i et konsern overdratt. Farnfielt var daglig leder i holdingselskapet som var samlokalisert med disse fire datterselskapene. Farnfielt drev tilsyn med finansielle og operasjonelle forhold hos disse fire datterselskapene og 21 andre datterselskaper i konsernet. Han ble sagt opp i forbindelse med virksomhetsoverdragelsen, og hevdet seg usaklig oppsagt. EAT (Employment Appeal Tribunal) konkluderte med at Farnfielt ikke tilhørte de fire datterselskapene. De fant støtte for dette i Botzen⁷⁰.

Saken sier ikke hvor konsernansatte i realiteten har sitt ansettelsesforhold, men illustrerer klart at den viktigste vurderingen, også i konsernforhold, er hvor arbeidstaker har sin tilhørighet. Farnfielt arbeidet ikke kun med de fire datterselskapene, men også med 21 andre, og kunne derfor ikke sies å tilhøre denne enheten.

⁶⁸ Martin Jetlund, s. 337

⁶⁹ Michael Peters Ltd v Farnfielt og Michael Peters Group plc [1995]

⁷⁰ Botzen v Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV [1986]

6.2.1.2 Duncan Web Offset⁷¹

Spørsmålet om arbeidstaker i konsern kom her opp i et obiter dictum. Det uttales at det ikke bare må ses hen til avtaleforholdet, men at «*an employee might be employed by one company but be assigned to the business of another*». Dette begrunnes med direktivets formål og behovet for å se hen til realiteten i selskapsstrukturer for å sikre dette.

6.2.1.3 Albron Catering⁷²

Denne saken for EU-domstolen gjaldt outsourcing fra Heineken- konsernet i Nederland. Samtlige arbeidstakere var ansatt i et av konsernets virksomheter, Heineken Nederlands Beheer BV (HNB), hvis formål var å ansette arbeidstakere og utplassere dem i ulike operasjonelle deler av konsernet. Et av disse var Heineken Nederland (HN), hvor bl.a. ca. 70 arbeidstakere var permanent satt ut fra HNB og arbeidet med kantinedrift. HN annonserte at kantinetjenesten skulle settes ut på oppdrag til Albron Catering B.V. (Albron). De ansatte ble tilbudt ansettelse her, men på dårligere vilkår. Arbeidstakerne anførte at rettigheter etter ansettelsesavtalen var vernet av reglene om virksomhetsoverdragelse.

Arbeidstakerne fikk medhold i første instans. Saken ble så anket til ankedomstolen i Amsterdam, hvor spørsmål ble henvist til EU- domstolen for prejudisiell uttalelse.

Retten legger til grunn en tolkning av direktivet åpner for at ikke bare 'contractual employer', men også 'non-contractual employer' kan regnes som overdrager etter direktivet. Det avgjørende var ikke om det forelå et kontraktsforhold, men om det var etablert en arbeidsrelasjon med virksomhetsoverdrageren:

“the transfer of an undertaking, within the meaning of Directive 2001/23, presupposes, in particular, a change in the legal or natural person who is responsible for the economic activity of the entity transferred and who, in that capacity, establish-

⁷¹ Duncan Web Offset (Maidstone) Ltd v. Cooper [1995]

⁷² Sak C-242/09

es working relations as employer with the staff of that entity, in some cases despite the absence of contractual relations with those employees.”⁷³

Retten fant støtte for denne tolkningen i direktivets formål.

Uttalelsen tilsier at det sentrale er at arbeidstaker er sikret vern ved virksomhetsoverdragelse, ikke hvor han eller hun formelt er ansatt. Det er altså også her det reelle som er avgjørende.

Uttalelsen er ikke i bindende for norske domstoler, men vil være et viktig tolkningsmoment på bakgrunn av at norsk rett presumeres å være i overensstemmelse med EØS-retten.

6.2.1.4 Rt 2012 983 – Secondement

I denne saken var det et konglomerat av avtaler og overdragelser på arbeidsgiversiden. Arbeidstakerne det gjaldt hadde arbeidet på en rigg som var bemannet og driftet av Stena Drilling. De var selv ansatt i Stena drilling Ptc, som hadde overført arbeidstakerne til Stena Drilling på såkalte «Secondement»-avtaler.

Høyesterett går inn i en vurdering av hva Secondement-avtaler går ut på, uten å vurdere forholdet til reglene om innleie/utleie. Innholdsmessig tilsvarer en Secondement avtale en avtale om utleie av arbeidskraft. Hvorfor retten ikke etter dette vurderte avtalen i forhold til aml.§14-12/14-13 er usikkert. Et mulig poeng er at arbeidstakernes formelle arbeidsgiver, Stena drilling Ptc, var hjemmehørende i Singapore, noe som kan vanskeliggjøre bevissituasjonen for hva som var bedriftens formål.

Dommeren tar i stedet utgangspunkt i en funksjonell vurdering av hvem som er arbeidsgiver: *«Skal den opprinnelige arbeidsgiver beholde statusen som arbeidsgiver, må denne opprettholde det vesentlige av arbeidsgiverfunksjonene.»*

⁷³ Sak C-242/09

Dommen har tre sentrale poeng. For det første stadfester den læren om gjennomskjæring fra Albron Catering som gjeldende i norsk rett. For at direktivets minstekrav skal oppfylles må det i visse tilfeller skje en gjennomskjæring for det reelle, fremfor det formelle, ansettelsesforhold. For det andre stadfester den at gjennomskjæring ved virksomhetsoverdragelse kan komme på tale også hvor utsettingen ikke er permanent. Til sist viser dommen at gjennomskjæring på bakgrunn av arbeidsgiverbegrepet vil være et selvstendig grunnlag for gjennomskjæring ved siden av reglene i § 14-12 og § 14-9, her i internasjonale, uklare forhold.

7 Andre trepartsforhold

Ut i fra det som er gjennomgått over om konsernforhold, innleie av arbeidstaker og virksomhetsoverdragelse er det vist at det på ulike grunnlag kan være nødvendig å skjære igjennom en formell konstruksjon for at arbeidsgiveransvaret skal plasseres der det hører hjemme etter de reelle forholdene.

Arbeidslivet er rikt på trepartsforhold. Noen av de mest sentrale er gjennomgått over, men det eksisterer en rekke andre partsforhold hvor ansvarsforholdene kan bli usikkert. Nedenunder gjennomgås noen typetilfeller av trepartsforhold, og hvordan disse er regulert.

I forhold til denne oppgaven er det relevant å se på om arbeidsgiveransvaret bør plasseres annet sted enn det som følger av den formelle konstruksjonen. Det vil i den forbindelse trekkes paralleller til reglene som er gjennomgått ovenfor, ut i fra en hypotese om at regler om plassering av arbeidsgiveransvaret gjelder på tvers av ulike trepartskonstellasjoner innenfor arbeidsretten.

7.1 Entreprise

Å sette ut oppdrag på tjenesteentreprise er en fullt tillatt måte å organisere drift av virksomhet på. Det er vanlig å sette ut mer perifere oppgaver for at arbeidsgiver kan ha mer fokus på virksomhetens kjernevirksomhet. Dette gjelder typisk IT-tjenester, kantinedrift, renhold osv. Dersom tjenestene tidligere har vært dekket av intern arbeidskraft vernes arbeidstakers rettigheter av reglene om virksomhetsoverdragelse, eller aml.§15-7(3) dersom arbeidsoppgavene settes ut på kontrakt til selvstendig oppdragstaker(e).

Det klare utgangspunktet ved entreprise er at det ikke opprettes noe rettslig trepartsforhold. Det inngås en avtale mellom oppdragsgiver og oppdragstaker, som reguleres av alminnelig avtalerett. Arbeidstaker har et ansettelsesforhold hos oppdragstaker. Arbeidstakers stilling

karakteriseres her at oppfyllelsen av arbeidskontrakten gjerne finner sted ved annen virksomhet, men dette skaper ikke noe rettsforhold mellom oppdragsgiver og arbeidstaker.

Arbeidsgiverbegrepet må også her vurderes konkret, slik at det kan være forhold som gjør at entreprisen i realiteten konstituerer et ansettelsesforhold hos oppdragsgiver, eller et innleieforhold.⁷⁴

7.2 Taxisentral

7.2.1 Innledning

Taxisentral, taxieier og taxisjåfør utgjør et trepartsforhold i arbeidslivet. De formelle strukturene forutsetter at det her er to bilaterale forhold, et ansettelsesforhold mellom taxieier og taxisjåfør, og et avtaleforhold mellom taxieier og taxisentral som reguleres av alminnelig avtalerett.

Spørsmålet er om det kan tenkes at taxisentralen etter en konkret vurdering, på nærmere gitte vilkår, kan ha arbeidsgiveransvar for den enkelte taxisjåfør, sammen med taxieieren eller ved siden av.

7.2.2 Forholdet taxieier – sjåfør

Taxieier er selv sjåfør og drifter et taxiløyve. Når et taxiløyve blir ledig utstedes det av løyvemyndighetene etter søknad og tildeles på bakgrunn av ansiennitet. Det er normalt et vilkår at drosjeyrket har vært utøvd som hovedervert i to år.⁷⁵

⁷⁴ Ot.prp.nr.70 (1998-1999) s.16 behandler grensdragningen mellom entrepris og innleie

⁷⁵ Jf. Yrkestransportforskriften § 43

Taxieier er pliktig å ha sjåføryrket som sitt hovederwerb.⁷⁶ Så lenge dette vilkåret er oppfylt står han fritt til å ansette en eller flere sjåførere for å fylle løyvet. Løyvehaver driver virksomhet for egen risiko og regning og driver som enkeltpersonforetak.

Taxieier utbetaler lønn og feriepengar til sjåføren, arbeidsgiveravgift til staten og vil normalt fastsette sjåførens arbeidstid slik at taxieieren og dennes ansatte til sammen utfyller den av sentralen eller fylkeskommunen oppsatte kjøreplanen.

7.2.3 Forholdet Taxisentral – sjåfør

7.2.3.1 Faktiske forhold

Taxisjåførene gjennomgår gjerne kursing pålagt av sentralen. Denne kursingen er det taxisentralen som initierer og organiser. I drosjereglementet for Oslo og Akershus⁷⁷ er det forutsatt en adgang for taxisentralen til å stille krav om kompetanse og kursing.

«Å gjennomføre de kurs/oppfylle de kompetansekrav som arbeidsgiveren/drosjesentralen til enhver tid finner nødvendig for å utføre en tilfredsstillende drosjetjeneste.»⁷⁸

Dersom den vordende sjåføren møter kravene sentralen stiller og innvilges søknad om kjøreseddel hos politiet⁷⁹, utgis et ID- kort som gir han eller henne mulighet til å kjøre taxi knyttet til sentralen. Ledige stillinger formidles som regel via sentralen, for eksempel på dens nettsider. Sjåføren er etter reglementet i Oslo og Akershus pliktig å bære uniform under kjøring.⁸⁰

⁷⁶ Jf. yrkestransportforskriften § 45

⁷⁷ gitt av løyvemyndighetene på bakgrunn av yrkestransportforskriften §46(7)

⁷⁸ jf. Drosjereglementets § 4 nr. 2 om drosjesjåførens plikter:

⁷⁹ yrkestransportlova § 37 a

⁸⁰ jf. § 4 nr. 6 om sjåførens plikter.

Sjåføren vil være iført taxisentralens uniform, og opptre utad som representant for taxisentralen. De er pliktig å innrette seg etter instruksjon fra sentralen og vil etter nærmere angitte bestemmelser i reglement/vedtekter kunne suspenderes ved brudd på sentralens vedtekter/reglement. I praksis viser det seg også at sjåførene omtaler seg selv som sjåfører i/for sentralen, og den alminnelige passasjeren vil anse sentralen som ansvarlig for den enkelte taxisjåførens handling. Etter dette kan det sluttet at taxisentralen uten å være formell arbeidsgiver i avtalen, utøver en rekke viktige funksjoner overfor taxisjåføren som typisk knyttes til arbeidsgiverbegrepet. Det er sentralen som i praksis foretar utvelgelsesprosessen ved ansettelse. Kun godkjente sjåfører videreformidles til taxieierne. Videre er det de som foretar opplæring og testing, og tildeler arbeidsoppgaver i det daglige (tildeling av turer). Sentralen har dessuten myndighet etter reglementet, til å utestenge sjåføren midlertidig eller permanent fra arbeidet.

7.2.3.2 Nærmere om ID-kortet og forholdet til aml.§ 15-14

ID- kort kan, avhengig av hvilke regler fylkeskommunen har gitt, være en betingelse for å lovlig kunne kjøre taxi. Uten ID-kort risikerer sjåføren bøter, jf. Drosjereglementet i Oslo og Akershus § 24⁸¹. Sentralens vedtekter hjemler ofte inndragelse av ID-kort for kortere eller lengre tidsrom i nærmere angitte tilfeller, og normalt er det også angitt prosessregler for slike tvister. Et vedtak hos taxisentralen om inndragelse av ID-kort blir fulgt opp av en utesperring fra turordningssystemet. Dersom ID-kortet i tillegg er koblet opp mot datasystemet i bilen vil man ikke heller ha mulighet til å logge seg på betalingssystemet.

Om det var taxieier (arbeidsgiver) som foretok utestengingen ville dette utvilsomt bli for avskjed å regne. Sjåfør ville da kunne få prøvd avskjedens saklighet etter de strenge kravene til avskjed i aml.§ 15-14. og krevd erstatning for tapt arbeidsinntekt samt oppreisning

81

http://www.bymiljoetaten.oslo.kommune.no/trafikk_og_samferdsel/transportloyver/drosjeloyver/article221030-58596.html

etter § 15-12(2). Arbeidstaker villa hatt rett til å kreve forhandlinger, og sak om avskjed/oppsigelse ville kommet raskt opp for domstolene, jf. § 17-1(4)

Spørsmålet blir om arbeidstaker er henvist til å forholde seg til sin arbeidsgiver, eller om han/hun vil ha direkte krav ut i fra arbeidsmiljøloven ovenfor taxisentralen.

Reglene om delt/felles arbeidsgiveransvar er gjennomgått over. Det er klart at taxieier er arbeidsgiver, og har arbeidsgiverplikter etter loven. Arbeidsavtale er inngått med taxieier, og taxieier ansetter sjåføren og betaler lønn og feriepenger. Det må foreligge særskilt grunnlag for at taxisentralen skal bli pålagt ansvar.

Taxisentralen utøver en del arbeidsgiverfunksjoner. Det er taxisentralen som tildeler arbeidsoppgaver og gir nødvendig opplæring. Utad opptrer sjåførene som taxisentralens folk. I Rt 1985 s.941, OIS-dommen, trekkes det frem at mannskapet under utføring av arbeid fremsto som OIS-folk. Dette er altså klart relevant i en vurdering av hvem som har arbeidsgiverfunksjonene.

Rettspraksis kan tas til inntekt for at dersom tredjepart trer inn i arbeidsforholdet, og i egen interesse foretar disposisjon, som gjør at arbeidsforholdet opphører, utløser dette arbeidsgiveransvar. I Ulrika- dommen i Rt 1937 s. 21 hadde panthaver overtatt skip, og ble på bakgrunn av at denne da hadde kontroll med skipet ansvarlig for sjømennenes hyre når skipet ble solgt. De samme hensynene gjør seg gjeldende her, men noen utslagsgivende vekt kan ikke legges på dommen. Saken gjaldt på sjømannslovens område, og ikke arbeidsgiveransvaret.

I samme retning trekker Rt 1995 s. 270 hvor panthaver overtok virksomheten for tvangsbruk i inntil ett år. Arbeidstakerne ble her ansett å ha stillingsvern overfor panthaver. Dommeren fant at spørsmålet ikke var løst i lov eller praksis, men at hensynet til vern av arbeidstaker måtte gi stillingsvern. Saken gjaldt spesifikt panthaver og arbeidsmiljølovens

forhold til tvangsbruk, men gir klart uttrykk for at lovens formål om å sikre trygge ansettelsesforhold, kan få utslagsgivende betydning.

I RG 2007 s.1489 legges til grunn at å gi arbeidstaker en avskjed eller oppsigelse er en så sentral arbeidsgiverfunksjon at dette taler sterkt for at denne enheten er arbeidsgiver, enten alene eller sammen med annen part. Lagmannsrettsdom kan ikke få avgjørende betydning, og gjelder et helt annet type tilfelle. Det var her snakk om internasjonalt konsernforhold.

Reelle hensyn taler for at sjåfør i en slik situasjon kan fremme arbeidstakerrettigheter overfor taxisentralen direkte. Noe annet ville kunne stille arbeidstaker rettsløs, og et grunnleggende synspunkt ved anvendelse av arbeidsmiljøloven bør være at den må tolkes slik at den som klart har behov for dens vern, får det.⁸²

7.2.4 Alternative hjemler for erstatning:

Det kan tenkes andre alternative hjemler for erstatning. I så fall blir spørsmålet om saken faller inn under arbeidsmiljøloven eller annen rett.

7.2.4.1 Kontraheringsplikt

Dersom man ser på den enkelte tildeling av tur til en taxisjåfør som en inngåelse av avtale om sjåføroppdrag, kan man i utstrekning av dette undersøke om taxisentralen ut i fra prinsipper om kontraheringsplikt må gi sjåføren turoppdrag.

I utgangspunktet foreligger kontraktsfrihet, men i enkelte tilfeller kan det tenkes at kontraktsinngåelse er pliktig, for eksempel hvor kontraktsparten står i en monopolsituasjon, og

⁸² jf. Rt 2013 s.354 om arbeidstakerbegrepet.

særlig hvor interessen dessuten er ervervsmessig.⁸³ Dette må antas å kunne gi arbeidsgiver kontraheringsplikt overfor en arbeidssøker, se utdrag fra «kontraheringsplikt» s. 244.⁸⁴

«Undertiden er forholdet dog det, at personer med en bestemt uddannelse kun kan opnå beskæftigelse et enkelt eller enkelte steder. I så fald får kontraheringsnægtelsen vestentlige virkninger overfor den arbejdssøkende. Dette kan indebære, at kontraheringsfriheden bør begrænses i nogen grad.».

Det samme må gjelde taxisentral. Sentralen står i en viss monopolsituasjon, og sjåføren er nødt til å være tilknyttet taxisentral for å kunne arbeide som taxisjåfør.

Taxisjåfør vil etter dette kunne reise erstatningskrav for at taxisentralen ikke har oppfylt sin kontraheringsplikt. Taxisentralen må, i så fall, godtgjøre at de hadde god nok grunn til å ikke tildele sjåføren turoppdrag.

7.2.4.2 Foreningsrett

Det foreligger normalt ingen formell avtale mellom sentralen og sjåføren, men taxisentralen gir i vedtekter regler om når og hvordan sperring av ID-kort og turtjenester skal gjøres. Det er gjerne opprettet egen klageordning innenfor sentralen og det er gitt egne prosessregler.

Det kan tenkes at foreningsrett blir aktuelt i forholdet mellom sentral og sjåfør. I en prinsipputtalelse fra justis- og beredskapsdepartementet⁸⁵ legges det til grunn at i alle fall taxi-eierne er «*organisasjonens medlemmer*», og det vises til rettspraksis og litteratur på foreningsrettens område for vurdering av om taxisentralene kan gis myndighet til å ilegge bøter.

⁸³ Koksvedgaard (1960) s. 244.

⁸⁴ Koksvedgaard (1960) s. 224

⁸⁵ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/agenda/tolkningsuttalelser/forvaltningsrett/tolkningsuttalelser-om-samferdselsloven/-13---adgang-for-en-taxisentral-til-a-il.html?id=456514>

Taxisentral er normalt organisert som aksjeselskap. Det er derfor ingen forening. Foreningsretten må derfor gjøres gjeldende analogisk for at den skal få noen betydning. Reglene for aksjeselskap passer ikke i forholdet mellom sjåfør og sentralen, for sjåførene er ikke deltakere/aksjonærer. Etter foreningsrettens regler vil taxisjåfør ha adgang til å få overprøvd avgjørelsen om eksklusjon eller suspensjon for de alminnelige domstoler.⁸⁶ Jeg forutsetter at sjåføren har rettslig interesse i et slikt ugyldighetssøksmål. Spørsmålet blir under dette om kravet om ugyldig vedtak er et «rettskrav».⁸⁷ Når sentralen her har en viss monopolstilling, og sjåføren tjener sitt levebrød innenfor foreningens grenser, er adgangen til å få eksklusjons/suspensjons- vedtaket prøvd for domstolene opplagt.⁸⁸ Prøvingen for domstolene vil i så fall gå på om vedtaket har hjemmel i vedtektene, om vedtaket er vilkårlig eller begrunnet i utenforliggende hensyn, og om vedtaket er gjort på feil faktum (herunder om saksbehandlingen er tilfredsstillende).⁸⁹ Vedtektene er til en viss grad kvalitetssikret ved at de skal godkjennes av løyvemyndigheten.

7.2.5 Oppsummering og konklusjon

Det kan etter dette tenkes at andre rettsregler kan gi krav på erstatning fra taxisentral som utesperrer sjåføren. Vernet er her dårligere enn etter arbeidsmiljøloven, først og fremst fordi de strenge reglene til saklig oppsigelsesgrunn/avskjedssgrunn ikke vil gjelde direkte, men også fordi erstatningen kun vil gi erstatning for økonomisk tap og ikke vil omfatte oppreisning. Videre vil ikke saken gis samme prioritet som en avskjedssak ville fått. Arbeidstaker kan dermed ikke sies å ha tilstrekkelig vern av andre rettsregler, og arbeidsmiljøloven må her være avgjørende hvor det er sentralen som fatter beslutningen.

⁸⁶ Woxholth (2008) s.227

⁸⁷ Tvl.§ 1-3

⁸⁸ Utenfor domstolens prøvingsrett faller medlemskap som ikke en gang kan sies å utgjøre en velferdssak og heller ikke gir tilgang på et knapphetsgode, jf. Woxholth (2008) s. 516.

⁸⁹ Woxholth (2008) s. 528-534

7.3 Franchise

7.3.1 Innledning

Franchise er en måte å organisere virksomhet på, hvor franchisetaker kjøper seg inn i et ferdig etablert konsept, og starter sin egen virksomhet innenfor dette varemerket. Eksempler fra Norge på dette er 7-eleven, Narvesen, Rema 1000 og Deli de Luca. Konseptet er i stor vekst, særlig i storbyene.

Franchise ble nevnt som en av flere former for «nettverksbedrifter» hvor virksomheten står i et avhengighetsforhold til sine eiere og ulike samarbeidspartnere i arbeidene med ny arbeidsmiljølov.⁹⁰ Lovgiver har således under lovarbeidet vært innom virksomhetsorganiseringen uten at det ble nærmere problematisert eller førte til ny lovgivning.

Et franchise er organisert på tilsvarende måte som en storbedrift med lokale filialer. Forskjellen ligger i at filialene er utparsellert i egne virksomheter, og at forholdet mellom den enkelte filial og ledelsen av franchisen ikke er underlagt den alminnelige ledelsesmyndigheten i selskap, men må styres av avtale mellom ledelsen og den enkelte virksomhet. Det viser seg i praksis at avtalen normalt utformes ensidig av franchisegiver, og at franchisetaker avgjør helt enkelt om han/hun ønsker å akseptere eller ikke.

Mens styrkeforholdet mellom franchisetaker og franchisegiver er preget av at franchisegiver har betydelig myndighet, er derimot forholdet mellom franchisetaker og den enkelte arbeidstaker i bedriften ikke like skjevt. Franchisetaker vil ofte være pålagt HMS-bestemmelser fra sentralt hold, og lønnene vil i realiteten fastsettes ut i fra hva det er plass

⁹⁰ jf. NOU 2004:5 s. 148

til innenfor de strenge rammene franchisegiver setter.⁹¹ Arbeidstaker blir etter de formelle forholdene å dømme, sittende med en arbeidsgiver som knapt har innflytelse over vilkår på arbeidsstedet.

7.3.2 Arbeidsgiveransvar etter gjeldende rett?

Det kan tenkes at konserngiver etter en konkret vurdering vil ha arbeidsgiveransvar for franchisegiver. Dette må i så fall være dersom franchiseavtalen legger så strenge føringer at franchisetaker må sies å utføre arbeid i franchisegivers tjeneste.

Dette gjelder skillet mellom oppdragstaker og arbeidstaker, som det legges føringer for i vurderingsmomentene listet opp i forarbeidene.⁹² Det gis anvisning på en konkret vurdering ut i fra kontraktsvilkårene for den enkelte franchisetaker, og hvilken direkte styring franchisetaker er underlagt i det enkelte tilfellet.

7.3.3 Franchisetakers arbeidstaker

Innvendingene mot franchiseforhold ligger i at franchisetaker fungerer som en buffer mellom den enkelte arbeidstaker og det egentlige maktsenteret bak virksomheten, slik at organisasjonsformen går kraftig utover arbeidstakers rettigheter. Man må spørre om franchisegiver etter gjeldende regler kan ha arbeidsgiveransvar for den enkelte arbeidstaker i franchisevirksomhetene.

Dersom franchisetaker må sies å være franchisegivers arbeidstaker må svaret normalt være klart. Den enkelte arbeidstaker vil ha rett til å forholde seg til franchisegiver som arbeidsgiver. Det er ingenting i gjeldende regelverk som tilsier at en part som i relasjon til sin over-

⁹¹ De Facto s. 92-93

⁹² Ot.prp.nr. 49 (2004-2005).

ordnede må regnes som arbeidstaker i samme relasjon kan være arbeidsgiver for arbeidstakerne under seg igjen.

På den annen side kan det ikke være et vilkår for at arbeidstaker skal kunne forholde seg til franchisegiver som arbeidsgiver at han først godtgjør at hans formelle arbeidsgiver i realiteten er arbeidstaker, ikke selvstendig næringsdrivende. Arbeidsgiver/arbeidstakervurderingen må skje konkret i forhold til de to partene det gjelder, her den enkelte arbeidstaker og franchiseselskapet. Etter dette vil det innenfor en franchisestruktur, på samme måte som i konsernforhold, kunne være grunnlag for delt/felles arbeidsgiveransvar, etter de samme momentene som gjelder i konsernforhold.

8 Oppsummering

Det er få klare føringer for når det skal foretas gjennomskjæring og når arbeidsgiveransvaret pålegges også andre virksomheter enn den egentlige arbeidsgiver. Det tas utgangspunkt i en tolkning av arbeidsavtalen. Dersom tolkningsresultatet gir arbeidstaker dårligere rettigheter enn det som følger av det reelle forholdet, settes avtalen til side. Gjennomskjæring foretas i de tilfellene en annen enn avtalt arbeidsgiver reelt har vært arbeidsgiver. Delt/felles arbeidsgiveransvar oppstår der flere enn en enhet kan sies å ha hatt arbeidstaker i sin tjeneste.

Etter at forslaget om en generell utvidelse av arbeidsgiverbegrepet ble avvist er utgangspunktet klart. Arbeidsgiveransvaret gjelder innenfor virksomhetsgrensene av den juridiske enhet som har hatt arbeidstaker i sin tjeneste. Der arbeidsgiver er underlagt kontroll av annen virksomhet gir det i utgangspunktet ikke arbeidstaker noen rettigheter overfor tredjeparten som rettslig står utenfor arbeidsforholdet. Denne tredjeparten kan være annet konsernselskap, franchisegiver, innleier, taxisentral, oppdragsgiver, arbeidsgivers medkontrahent eller samarbeidspartner, el.l. Hvilke særskilte forhold som kan gi grunnlag for utvidet arbeidsgiveransvar er ikke uttømmende angitt, og grunnlag for utvidelse er dermed åpent for tolkning og tilpasning til nye situasjoner.

Arbeidsmiljølovens karakter av å være sosial vernelovgivning vil tale for at der organisasjonsformen eller virksomhetsgrensene fører til at arbeidstaker i et gitt tilfelle står uten det vern loven skal gi, vil reelle hensyn tillegges vekt ved vurdering av spørsmålet om hvor arbeidsgiveransvaret skal plasseres. Rettighetene er dermed noe fleksible og kan tilpasses urimelige utfall.

En sentral del av å kunne hevde rett er at man vet hvilken rett man har. Det er derfor nødvendig med særskilt regulering av de tilfellene hvor ansvarsforholdet er uklart og hvor det kan tenkes at arbeidsgiveransvaret i enkelte tilfeller kan plasseres utenfor det formelle avta-

leforholdet. I «Supiot- rapporten»,⁹³ foreslås det at reguleringen av arbeid frigjøres fra arbeidskontrakten og i stedet baserer seg på individets faktiske arbeidssituasjon. I norsk rett er det foreløpig ikke gjort noen særlige problematiseringer av at arbeidsgiver/arbeidstakerbegrepet er en betingelse for vern av arbeidssituasjonen, men det må antas at dette blir aktuelt etter hvert som utviklingen fortsetter bort fra det tradisjonelle ansettelsesforholdet.

⁹³ Supoit (2001)

9 Litteraturliste

9.1 Bøker

- Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 8. utgåve. Oslo, 2012 s. 351-354
- Glavå, Mats. «*Arbetsrätt*». Lund, 2011. s. 117-119.
- Supiot, Alain [et al...]. «*Beyond employment : changes in work and the future of labour law in Europe*». Oxford, 2011
- Dege, Jan Tormod. «*Den Individuelle Arbeidsrett*». Del 1. Oslo, 2009. s.56-62
- Zimmer, Fredrik. «*Lærebok i skatterett*». Oslo, 2009.s.33
- Woxholt, Geir. «*Foreningsrett*». 3.utg. Oslo, 2008. s. 53-59. s.226-246.s.509-562.
- Kоктvedgaard, Mogens. «*Kontraheringspligt*». København, 1960. s.224-226 og s.242-249.

9.2 Artikler

- Jetlund, Martin. «*Arbeidstakernes tilhørighet ved overdragelse av del av virksomhet*». I: *Arbeidsrett og arbeidsliv*. Bind 4, s. 295-36, 2010 [sitert fra lovdata]
- Jakhelln, Henning. «*Arbeidstakeres rettigheter mot morselskap*». I: *MarIus*. 2004 nr. 310, s.75-96.[sitert fra lovdata]
- Evju, Stein. “”*Trepartsrelasjoner*” I arbeidsretten? Om trekanter og triangulering i ulike konstellasjoner». Oslo/Kongsberg, 2012. (Institutt for privatrett. Det juridiske fakultet. Arbeidsrettsgruppen.)[sitert fra jus.uio.no]
- Jakhelln, Henning. “”*Try and hire*”-Arbeidsformidling eller vikarbyråvirksomhet?”. (1988)[sitert fra lovdata]

9.3 nettdokument

- Prinsipputtalelse om tolkning av samferdselsloven §13 av 01.02.2000 (fra regjeringen.no)

- Stugu, Stein og Roar Eilertsen. *Franchise i varehandelen: Makt uten ansvar-ansvar uten makt*. Av De Facto: Kunnskapssenter for fagorganiserte (2008).
<http://www.de-facto.no/bilder/094109Franchise.pdf>
- Carlsson Marie og Maria Wennerstrand. «*Inhyrning av arbeidskraft- en førsvagning av LAS?*». Karlstad, 2011. (C-uppsats/ Karlstad Business School. Handelshøgskolan vid Karlstads universitet).
<http://kau.divaportal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:391784>
- Drosjereglement for Oslo og Akershus
http://www.bymiljoetaten.oslo.kommune.no/trafikk_og_samferdsel/transportloyver/drosjeloyver/article221030-58596.html

9.4 Lov

1915	Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13.august 1915 [Opphevet]
1947	Lov om tiltak til å fremme sysselsetting av 27.juni 1947 nr. 9 [opphevet] [før lovendring av L04.02.2000 nr. 10]
1977	Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av. 2.april 1977 nr. 4 [opphevet]
1997	Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13.juni 1997 nr. 44
2002	Lov om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportlova) av 21.juni 2002 nr. 45
2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17.juni 2005 nr. 62

9.5 Forarbeider

Ot.prp. nr. 3 (1975–76) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr. 50 (1993-94)	Lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 70 (1998-99)	Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
NOU 1996:6	Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.
NOU 1998: 15	Arbeidsformidling og arbeidsleie
NOU 1999: 34	Nytt millennium – nytt arbeidsliv?
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget

9.6 Direktiv

EP/Rdir 2001/73/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19.november 2008 om vikararbejde
--------------------	----------------------------------------------------------------------------------------

9.7 Domsregister

9.7.1 Norske dommer

Rt 1937 s. 21
Rt 1985 s.941
Rt 1989 s.1116
Rt 1989 s.231
Rt 1990 s. 1126
Rt. 1992 s. 776
Rt 1993 s. 345

Rt 1993 s. 490

Rt 1993 s. 954

Rt 1995 s.270

Rt 1997 s.623

Rt 1998 s.1357

Rt. 1999 s. 509

Rt. 2000 s. 1811

Rt 2000 s. 1602

Rt 2000 s. 2058

Rt 2001 s. 418

Rt 2005 s.826

Rt 2013 s.354

LF-1999-261

RG 2002 s. 1551 (Frostating)

RG 2004 s. 255 (Frostating)

RG 2007 s.1489 (Agder)

LB-2008-80778

LG-2012-25739

ARD 1980 s.79

9.7.2 Andre dommer:

Employment Appeal Tribunal:

Duncan Web Offset

Duncan Web Offset (Maidstone) Ltd v. Cooper mfl.
[1995] IRLR 633

Michael Peters

Michael Peters Ltd v (1) Farnfield og (2) Michael Peters
Group plc [1995] IRLR 190

EF- domstolen:

Botzen sak 186/83	Arie Botzen mfl. v Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV [1985] EFD 739
Albron Catering sak C-242/09	Albron Catering BV v FNV Bondgenoten and John Roest [2010]

Svenske dommer:

AD 2006 nr.24